BVerfG, Urteil vom 10.05.1957 - 1 BvR 550/52

Titel	Homosexuelle		
Fundstelle	openJur 2012, 132668	Rkr: ?	AmtlSlg: ?

Öffentliches Recht | Verfassungsrecht

1. Die Strafvorschriften gegen die männliche Homosexualität (§§ 175 f. StGB) verstoßen nicht gegen den speziellen Gleichheitssatz der Abs. 2 und 3 des Art. 3 GG, weil der biologische Geschlechtsunterschied den Sachverhalt hier so entscheidend prägt, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten.

2. Die §§ 175 f. StGB verstoßen auch nicht gegen das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), da homosexuelle Betätigung gegen das Sittengesetz verstößt und nicht eindeutig festgestellt werden kann, daß jedes öffentliche Interesse an ihrer Bestrafung fehlt.

3. Welche Folgen der Tod des Beschwerdeführers für ein anhängiges Verfassungsbeschwerdeverfahren hat, läßt sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der Art des angegriffenen Hoheitsaktes und des Standes des Verfassungsbeschwerdeverfahrens entscheiden.

Tenor

1 1. die Verfassungsbeschwerde des Günther R. wird zurückgewiesen.

2 2. Die Verfassungsbeschwerde des Oskar K. ist durch seinen Tod erledigt.

Gründe

3 A.

4 Mit der Verfassungsbeschwerde bekämpfen die Beschwerdeführer ihre Verurteilung wegen gleichgeschlechtlicher Unzucht; darüber hinaus erstreben sie die Feststellung der Nichtigkeit der §§ 175 f. StGB.

5 1. Ein Blick auf die Behandlung des Problems der gleichgeschlechtlichen Unzucht in der neueren deutschen Strafrechtsgeschichte zeigt folgendes Bild:

6 Nach dem Vorgang der strengen Verurteilung gleichgeschlechtlicher Handlungen im alten Testament (3. Mose 18, 22 und 20, 13) und unter dem Einfluß christlicher Gedanken bedrohte Art. 116 der Constitutio Criminalis Carolina (1532) die widernatürliche Unzucht bei beiden Geschlechtern und die Unzucht mit Tieren mit dem Feuertode. Die gemeinrechtliche Praxis versuchte die Folgen dieser überaus harten Strafdrohung dadurch abzumildern, daß sie unter diese Bestimmung nur die sogenannte "eigentliche Sodomie" (sodomia propria) brachte, worunter sie eine Vereinigung der Geschlechtsorgane verstand; ihr stellte sie andere widernatürliche Handlungen als "uneigentliche Sodomie" (sodomia impropria) gegenüber, die sie nur mit sogenannten außerordentlichen, geringeren Strafen belegte. Erst die Kodifikationen des ausgehenden 18. Jahrhunderts gelangten unter dem Einfluß der Aufklärung zu einer milderen Beurteilung.

7 Das Preußische Allgemeine Landrecht bestrafte in § 1069 II 20 "Sodomiterei und andere dergleichen unnatürliche Sünden, welche wegen ihrer Abscheulichkeit hier gar nicht genannt werden können", mit "gänzlicher Vernichtung des Andenkens" durch Zuchthausstrafe mit anschließender Verbannung. Für die gleichgeschlechtlichen Beziehungen legte die Praxis diese Bestimmung zunächst dahin aus, daß sie auf onanistische Handlungen keine Anwendung finde und nur der Verkehr per anum strafbar sei; spätere Entscheidungen des Preußischen Obertribunals stellten dem den Verkehr per os gleich.

8 Von erheblicher Bedeutung für die Rechtsentwicklung auch in Deutschland wurde der Code penal von 1810. Er betrachtete die widernatürliche Unzucht ausschließlich unter den Gesichtspunkten des Eingriffs in die geschlechtliche Freiheit der Person und der öffentlichen Verletzung des geschlechtlichen Anstands. Dementsprechend bestrafte er die widernatürliche Unzucht bei beiden Geschlechtern nur, falls sie öffentlich, gewaltsam oder an Jugendlichen unter 15 Jahren begangen wurde; der nicht in dieser Weise qualifizierte Tatbestand blieb straflos. Diesem Beispiel folgten zahlreiche Staaten, besonders des romanischen Rechtskreises.

9 Auch das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern von 1813 ließ die nicht qualifizierte widernatürliche Unzucht straffrei. Dagegen behielt das österreichische Strafgesetzbuch von 1803 jetzt Art. 129 der Neufassung von 1852 - die Strafbarkeit auch der nicht qualifizierten Unzucht zwischen Personen desselben Geschlechts bei, wobei nach der Rechtsprechung unter Unzucht jede zur Befriedigung der Sinnenlust vorgenommene Berührung der Geschlechtsteile einer Person mit dem Körper einer anderen verstanden wird. Die Strafgesetzbücher der übrigen deutschen Staaten aus dem 19. Jahrhundert folgen teils der einen, teils der anderen Auffassung.

10 Die ersten Entwürfe eines Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten aus den Jahren 1828 bis 1833 sahen vor, nur qualifizierte Fälle zu bestrafen, wobei der revidierte Entwurf von 1833 ausdrücklich festlegen wollte, daß eine Vollendung "die körperliche Vereinigung voraussetze" und daß die Strafverfolgung von einem Antrag des Verletzten abhängig sein solle. Erst 1841 beschloß die Revisionskommission des Staatsrates, die Sodomie unbedingt, d. h. auch beim Fehlen einer Qualifikation, unter Strafe zu stellen. In der "Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843" wird ausgeführt, es seien die Verbrechen "der Knabenschändung und der Sodomie mit Tieren" gemeint, andere Arten der widernatürlichen Befriedigung der Wollust seien nicht Gegenstand der vorgeschlagenen Strafbestimmung. Erstmals der Entwurf von 1847 schlug vor, die Beschränkung auf das männliche Geschlecht in den Text des Gesetzes aufzunehmen, ohne daß erkennbar wäre, welche Beweggründe hierfür maßgebend gewesen sind. § 143 des Preußischen Strafgesetzbuches vom 14. April 1851 erhob diesen Vorschlag zum Gesetz.

11 Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom Jahre 1869 übernahm die preußische Bestimmung und von da ging sie als § 175 in das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 über. Dieser lautete:

12 "Die widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Tieren begangen wird, ist mit Gefängnis zu bestrafen; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden."

13 Im Anschluß an die Praxis des Preußischen Obertribunals legte das Reichsgericht diese Bestimmung in ständiger Rechtsprechung dahin aus, daß unter "widernatürlicher Unzucht" nicht unzüchtige Handlungen schlechthin, insbesondere nicht die gegenseitige Onanie zwischen Personen des männlichen Geschlechts, sondern nur "beischlafähnliche Handlungen" zu verstecken seien, wobei aber die Frage, wie weit in der Annahme einer beischlafähnlichen Handlung zu gehen sei, der tatrichterlichen Würdigung des Einzelfalles überlassen bleiben sollte (RGStr. 1, 395, 2, 237 u. a.). Die Rechtslehre wandte sich daher vielfach gegen den Begriff der "beischlafähnlichen Handlung", weil er eine klare Abgrenzung vermissen lasse.

14 Unabhängig hiervon setzte um die Jahrhundertwende ein heftiger Kampf gegen den § 175 StGB ein. Teilweise wurde geltend gemacht, die Homosexualität sei Ausfluß einer angeborenen krankhaften Veranlagung, von anderer Seite wurde behauptet, sie sei weder Laster noch Krankheit, vielmehr sei die "konträre Sexualempfindung" eine durchaus normale Variante des Sexualtriebes, ihre Träger hätten daher dasselbe Recht auf Entfaltung ihrer Neigung wie heterosexuell empfindende Menschen.

15 Diese Reformbestrebungen blieben aber erfolglos. Der "Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch" vom Jahre 1909 schlug im Gegenteil vor, den Straftatbestand auch auf die weibliche Homosexualität auszudehnen. Der von Kahl, von Lilienthal, von Liszt und Goldschmidt 1911 veröffentlichte "Gegenentwurf" lehnte jedoch nicht nur diese Erweiterung ab, sondern sprach sich auch dafür aus, den gleichgeschlechtlichen Verkehr unter Männern als solchen straflos zu lassen und nur qualifizierte Fälle (Homosexualität mit Minderjährigen, unter Mißbrauch von Abhängigkeitsverhältnissen oder aus Gewinnsucht) unter Strafe zu stellen. Der "Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission" von 1913 wollte es hinsichtlich der Bestrafung der einfachen Homosexualität bei der vom Reichsgericht entwickelten Abgrenzung belassen und "beischlafähnliche Handlungen" zwischen Männern mit Gefängnis bedrohen, dagegen in Anlehnung an den Gegenentwurf qualifizierte Fälle schwerer bestrafen. Auf derselben Linie bewegen sich die späteren Entwürfe, namentlich die Entwürfe von 1925 und 1927. Dagegen kehrte ein im Dezember 1930 im Reichstag eingereichter Initiativantrag Dr. Kahl und Genossen (RT V/1930 Drucks. Nr. 395) zu dem Vorschlag zurück, die einfache Homosexualität straflos zu lassen und die Strafbarkeit auf die aus dem Entwurf von 1927 zu übernehmenden qualifizierten Fälle zu beschränken.

16 All diese Vorschläge führten nicht zu einer Änderung des § 175 StGB. Auch hielt das Reichsgericht an der Beschränkung des strafbaren Tatbestandes auf beischlafähnliche Handlungen fest. Die "Machtübernahme" durch den Nationalsozialismus änderte hieran zunächst nichts. Noch in der im Frühjahr 1935 veröffentlichten 1. Auflage des von dem damaligen Reichsjustizminister Gürtner herausgegebenen Berichts über die Arbeit der Amtlichen Strafrechtskommission "Das kommende deutsche Strafrecht - Besonderer Teil -" führte der Berichterstatter Graf Gleispach aus (S. 125 f.), die Beschränkung der Strafbarkeit auf beischlafähnliche Handlungen entsprechend der Rechtsprechung des Reichsgerichts sei

17 "... bejaht worden, wenn sich auch nicht verkennen läßt, daß so nur ein Teil - und kaum der umfangreichere! - der Betätigung erfaßt und eine schwierige Beweisfrage geschaffen ist. Der Gesetzgeber soll aber auf einem Gebiet, auf dem schon umfangreiche Untersuchungen viel Schaden stiften können, Maß halten und auch nicht verhältnismäßig harmlose Handlungen in die Strafbarkeit einbeziehen, die sich, zumal in der Jugend, meist als nur gelegentliche Abirrungen wegen der Unmöglichkeit normalen Verkehrs darstellen."

18 Eine Änderung der Einstellung der nationalsozialistischen Machthaber bahnte sich jedoch an, nachdem im Juni 1934 Röhm und die ihm politisch nahestehende, vielfach homosexuelle Gruppe in der NSDAP vernichtet worden waren. Im Zuge dieser Entwicklung brachte das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (RGBl. I, 839), in Kraft ab 1. September 1935, unter anderem auch eine Änderung des § 175 StGB. Die Zusammenfassung der widernatürlichen Unzucht zwischen Männern mit der von Menschen mit Tieren in derselben Strafvorschrift wurde beseitigt und die Unzucht mit Tieren ohne sachliche Änderung des geltenden Rechts in einem neuen § 175 b für sich allein unter Strafe gestellt. Eine Reihe qualifizierter Fälle der Homosexualität unter Männern wurde als § 175 a ausgesondert und mit erheblich schwereren Strafen bedroht. Der einfache Tatbestand der Homosexualität wurde neu gefaßt; für ihn blieb es bei der Gefängnisstrafe, jedoch mit zwei Minderungen: Die fakultative Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte fiel weg und bei Beteiligten unter 21 Jahren wurden die Gerichte ermächtigt, in besonders leichten Fällen von Strafe abzusehen. Die § 175 und 175 a lauteten nunmehr:

19 "§ 175

(1) Ein Mann, der mit einem anderen Mann Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt, wird mit Gefängnis bestraft.

(2) Bei einem Beteiligten, der zur Zeit der Tat noch nicht einundzwanzig Jahre alt war, kann das Gericht in besonders leichten Fällen von Strafe absehen.

§ 175 a

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter drei Monaten wird bestraft:

1. ein Mann, der einen anderen Mann mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben nötigt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen;

2. ein Mann, der einen anderen Mann unter Mißbrauch einer durch ein Dienst-, Arbeits- oder Unterordnungsverhältnis begründeten Abhängigkeit bestimmt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen;

3. ein Mann über einundzwanzig Jahren, der eine männliche Person unter einundzwanzig Jahren verführt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen;

4. ein Mann, der gewerbsmäßig mit Männern Unzucht treibt oder von Männern sich zur Unzucht mißbrauchen läßt oder sich dazu anbietet."

In der 1936 herausgegebenen 2. Auflage des oben erwähnten Berichts "Das kommende deutsche Strafrecht - Besonderer Teil -" wird die Frage, ob die Strafbarkeit gleich geschlechtlicher Handlungen zwischen Männern auf beischlafähnliche Handlungen zu beschränken sei, nunmehr verneint und dies unter Hinweis auf das Gesetz vom 28. Juni 1935 wie folgt begründet (S. 204 f.):

"Die Einschränkung würde bedeuten, daß nur ein verhältnismäßig kleiner Teil gleichgeschlechtlicher Betätigung erfaßt würde, ohne daß behauptet werden könnte, die Gefahren und Schäden dieses Verkehrs seien nur mit diesem Teil verbunden. Überdies würden Verfolgung und Bestrafung auch der schwersten Formen sehr behindert, wenn in jedem Fall der oft sehr schwierige Beweis erbracht werden müßte, daß der Verkehr beischlafähnlich gewesen sei. Die weitere Fassung des Tatbestandes ist also notwendig, um das Laster des gleichgeschlechtlichen Verkehres wirksam bekämpfen zu können. Demgegenüber könnte der Einwand erhoben werden, es würden verhältnismäßig harmlose Handlungen für strafbar erklärt, die sich besonders bei jungen Leuten häufig als nur gelegentliche Abirrungen wegen der Unmöglichkeit normalen Verkehres darstellen. Hier schafft aber der Entwurf einen Ausweg. Bei Beteiligten, die zur Zeit der Tat noch nicht einundzwanzig Jahre alt waren, wird es dem Richter für besonders leichte Fälle anheimgegeben, von Strafe abzusehen."

Nach Verkündung, aber noch vor Inkrafttreten dieses Gesetzes änderte das Reichsgericht seine Rechtsprechung, indem es den Begriff der "beischlafähnlichen Handlungen" erweiterte und die gegenseitige Onanie in den gesetzlichen Tatbestand des § 175 aF einbezog (Urteil vom 1. August 1935, RGStr. 69, 273; abweichend letztmals RGStr. 70, 277). Kurz darauf hat es für §175 aF ausgesprochen, es komme nicht entscheidend darauf an, ob die unzüchtige Handlung dem natürlichen Geschlechtsverkehr mehr oder weniger ähnlich sei, sondern darauf, ob sie auf geschlechtliche Befriedigung, ähnlich der mit dem natürlichen Beischlaf verbundenen, abziele (RGStr. 71, 281) -.Den Begriff "Unzucht" in der neuen Fassung des § 175 StGB hat das Reichsgericht stets dahin ausgelegt, daß es einer beischlafähnlichen Handlung nicht bedürfe; zur Begründung hat es auf den Wegfall des Beiwortes "widernatürlich" bei der Unzucht und die Ersetzung der Worte "zwischen Männern" durch die Worte "mit einem anderen Manne" hingewiesen und weiter darauf, daß der Ausdruck "Unzucht" sowohl in dem unmittelbar vorhergehenden § 174 ("zur Unzucht mißbrauchen") wie in den unmittelbar folgenden § 176 Nr. 1 und 3 StGB ("unzüchtige Handlungen vornehmen oder dazu verleiten") in diesem weiteren Sinne verwendet werde. Diese Auslegung der Neufassung entsprach dem Willen des Gesetzgebers; die amtliche Begründung zu dem Strafrechtsänderungsgesetz vom 28. Juni 1935 betont, daß die Beschränkung der Strafbarkeit auf beischlafähnliche Handlungen Staatsanwaltschaft und Polizei vor große Beweisschwierigkeiten gestellt habe (Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz Heft 10 S. 39; ebenso Schäfer, Deutsche Justiz 1935, 997).

2. a) Gegen den Beschwerdeführer R. hat das Landgericht Hamburg durch Urteil vom 14. Oktober 1953 - 2 KLs. 86/53 wegen mehrerer im Mai 1950 und im Mai 1951 begangener Delikte, und zwar wegen eines Verbrechens der schweren Unzucht (§ 175 a Ziff. 3 StGB), wegen eines Verbrechens der Beihilfe zur schweren Unzucht (§§ 175 a Ziff. 3, 49 StGB) und wegen eines Verbrechens der Unzucht (§ 175 StGB) eine Gesamtstrafe vom einem Jahr Gefängnis ausgesprochen. Seine Revision ist mit Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 5. Februar 1954 - 5 StR 745/53 -, dem Beschwerdeführer zugestellt am 24. Februar 19549, als offensichtlich unbegründet verworfen worden. Mit der am 7. März 1954 eingegangenen Verfassungsbeschwerde wendet er sich gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg.

b) Der Beschwerdeführer K... ist durch Urteil der Großen Strafkammer 4 des Landgerichts Hamburg vom 2. Februar 1952 - 2 KLs. 254/51 - wegen eines fortgesetzten Vergehens der Unzucht mit Männern (§ 175 StGB) und wegen eines versuchten Verbrechens der schweren Unzucht mit Männern (§ 175 a Ziff. 3 StGB, Verführung zur Unzucht) zu einer Gesamtstrafe von einem Jahr und 8 Monaten Gefängnis verurteilt worden. Seine Revision wurde durch Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 20. Juni 1952 - 2 StR 370/52 - als offensichtlich unbegründet verworfen. Mit der am 20. Juli 1952 eingegangenen Verfassungsbeschwerde hat er das Urteil des Landgerichts Hamburg zunächst in vollem Umfange angegriffen. Nachdem er jedoch während des Beschwerdeverfahrens die Wiederaufnahme des Verfahrens erwirkt hatte, soweit er aus § 175 a Ziff. 3 StGB verurteilt worden war, hat er die Verfassungsbeschwerde auf seine Verurteilung aus § 175 StGB beschränkt.

33 Beide Beschwerdeführer haben ihre Verfassungsbeschwerde darauf gestützt, daß die gegen sie ergangenen Strafurteile die §§ 175 und 175 a StGB zu Unrecht als geltendes Recht behandelt hätten. § 175 StGB in der Fassung des Gesetzes vom 28. Juni 1935 sei inhaltlich nationalsozialistisches Gedankengut, habe daher mit dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft seine Geltung verloren. Dieses Gesetz beruhe auf dem sogenannten Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, das verfassungswidrig gewesen sei; infolgedessen seien die darauf beruhenden Gesetze nichtig. - Die §§ 175, 175 a StGB verstießen ferner gegen Art. 2 und 3 GG.

34 3. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Bundestag, dem Bundesrat, der Bundesregierung und dem Senat der Freien und Hansestadt Hamburg Gelegenheit gegeben, sich zu den Verfassungsbeschwerden zu äußern. Der Bundesminister der Justiz hat im Namen der Bundesregierung dahin Stellung genommen, daß die §§ 175 und 175 a StGB dem Grundgesetz nicht widersprechen. Der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg hat erklärt, sich am Verfahren nicht beteiligen zu wollen. Bundestag und Bundesrat haben sich nicht geäußert.

35 4. Das Bundesverfassungsgericht hat zunächst in der Sache des Beschwerdeführers K. die Anhörung von Sachverständigen zu folgenden Fragen beschlossen:

36 "a) Bestehen im Triebleben beim Mann und bei der Frau wesentliche Unterschiede, die sich auch bei gleichgeschlechtlicher Betätigung auswirken?

37 b) In welcher Richtung stellen männliche Homosexualität einerseits und lesbische Liebe andererseits eine soziale Gefährdung dar? Sind ihre Auswirkungen und Erscheinungsformen in Familie und Gesellschaft verschieden? Welche Rolle spielen in diesem Zusammenhang der große Frauenüberschuß und die Häufigkeit der gemeinsamen Haushaltführung zweier oder mehrerer Frauen (Gefahr bösartigen Klatsches und der Erpressung)?

38 c) Besteht ein Unterschied in der Aktivität und Hemmungslosigkeit bei gleichgeschlechtlichen Handlungen zwischen Männern einerseits und zwischen Frauen andererseits, so daß damit der Grad der Verbreitung solcher Handlungen und die Gefahr zur Verführung insbesondere Jugendlicher hierzu verschieden ist? Tritt die männliche Homosexualität im Gegensatz zur lesbischen Liebe stärker in der Öffentlichkeit in Erscheinung? Gibt es eine Prostitution der männlichen Homosexuellen und der Lesbierinnen?"

39 Zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung hat das Gericht gutachtliche Äußerungen der nachbenannten Sachverständigen eingeholt:

40 Zu den Beweisfragen a), b) und c):

41 Dr. med. Dr. phil. Hans Nervenarzt und Direktor des Instituts für Sexualforschung, Frankfurt/Main,

42 o. Prof. Dr. Direktor des Instituts für gerichtliche und soziale Medizin der Universität Kiel,

43 o. Prof. Dr. Dr. h.c. E. Direktor der Universitätsnervenklinik, Tübingen/Neckar,

44 o. Prof. Dr. Psychologisches Institut der Freien Universität Berlin;

45 zu b) und c):

46 Dr. H. o. Prof. der Soziologie an der Universität Hamburg,

47 Landesrätin Dr. Ellen Münster/Westf., Leiterin des Landesjugendamtes und der Fürsorgeerziehungsbehörde für Westfalen und Lippe,

48 Kriminalrat O. Leiter der Kriminalpolizei beim Polizeipräsidium in Köln.

49 Nach Eingang der vorbereitenden Äußerungen hat das Bundesverfassungsgericht die beiden Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung verbunden und noch ein schriftliches Gutachten des o. Prof. Dr. Grassberger, Leiter des Universitätsinstituts für Kriminologie in Wien, erfordert. Der Beschwerdeführer K... reichte ein medizinisches Gutachten des Dr. med. Schlegel - Hamburg - und mehrere Ausarbeitungen des Assessors Dr. Biederich - Hamburg - zu den im Verfahren zu entscheidenden Rechtsfragen ein, der Bundesminister der Justiz ein von der Deutschen Gesellschaft für Psychotherapie und Tiefenpsychologie e. V., Heidelberg, (Prof. Dr. Mitscherlich) zu den Fragen der großen Strafrechtsreform mit medizinischem Einschlag erstattetes Gutachten.

50 In der mündlichen Verhandlung wurden die Sachverständigen Kretschmer, Giese, Grassberger, Schelsky, Scheuner und Wenzky sowie anstelle des durch Krankheit am Erscheinen verhinderten Sachverständigen Hallermann der o. Prof. für gerichtliche und soziale Medizin an der Universität Frankfurt/Main, Dr. Wiethold vernommen; der Sachverständige Kroh ist vor der mündlichen Verhandlung verstorben. Soweit die Sachverständigen vorbereitende Äußerungen abgegeben hatten, bezogen sie diese in ihre Vernehmung ein. Auch die von den Sachverständigen Hallermann und Kroh erstatteten vorbereitenden Äußerungen sowie das Gutachten der Deutschen Gesellschaft für Psychotherapie und Tiefenpsychologie e. V. waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Der wesentliche Inhalt der von den gerichtlich ernannten Sachverständigen erstatteten Gutachten ist folgender:Prof. Dr. Kretschmer hat ausgesagt:

51 Daß Unterschiede zwischen männlicher und weiblicher Homosexualität vorhanden seien, sei selbstverständlich, und es sei auch kaum anders zu erwarten, als daß diese Nuancen sich auch in homosexuellen Verhältnissen zeigen. Eine Prüfung im einzelnen würde aber wohl ergeben, daß diese Unterschiede mehr quantitativer als grundsätzlicher Art seien. Soweit es sich um die Frage der sozialen Gefährlichkeit, der Bedrohung von Personen oder Rechtsgütern handle, verneine er als Arzt und Biologe einen Unterschied zwischen männlicher und weiblicher Homosexualität. Dagegen sei ein klarer Unterschied zu machen zwischen der homosexuellen Betätigung Jugendlicher und der zwischen Erwachsenen.

52 Die Homosexualität Jugendlicher sei ein sehr ernstes Problem. Infolge ihrer Instinktunsicherheit und des Schillerns ihrer Triebrichtung könne eine Anlockung oder Verführung von außen leicht zu Fehlprägungen mit dauernder Fixierung zur Homosexualität führen. Jede Ablenkung von der naturgegebenen biologischen Triebrichtung gefährde aber die harmonische Entwicklung der Gesamtpersönlichkeit ebenso wie den reibungslosen Einbau des Einzelnen in die menschliche Gesellschaft. Die Verführung Jugendlicher sei zwar im Bereich der männlichen Homosexualität häufiger als im Bereich der weiblichen Homosexualität; die Gefahr sei jedoch für männliche und für weibliche Jugendliche dieselbe, und ein dringendes Schutzbedürfnis bestehe in beiden Fällen. Ihm sei ein sehr einprägsamer Fall bekannt, wo eine Schülerin in ihrem Charakter und in ihrer Persönlichkeit durch homosexuelle Verführung seitens einer Lehrerin schwer geschädigt worden sei.

53 Anders liege es bei der Homosexualität zwischen Erwachsenen. Hier könne er ein öffentliches Interesse an der Bestrafung überhaupt nur sehen, wenn öffentliches Ärgernis erregt werde. Der Gesichtspunkt der Kinderzeugung greife nicht durch; vom ärztlich-biologischen Standpunkt aus bestehe im Gegenteil Interesse daran, daß sexuell ernsthaft Abwegige sich nicht fortpflanzen. Eine Ausbreitung homosexueller Tendenzen auf weite Bevölkerungskreise erscheine allerdings - gleichermaßen bei Männern wie bei Frauen - unerwünscht, da in beiden Fällen ungünstige Wirkungen auf Familiensinn und Gesellschaftsordnung auftreten könnten.

54 Genuin-psychologische Verschiedenheiten der Geschlechter von der Art, daß eine verschiedene forensische Behandlung gerechtfertigt sei, müsse er verneinen. Wenn die männliche Homosexualität mehr im Blick der Öffentlichkeit stehe, so sei das sicher vorwiegend ihrer stärkeren Belichtung durch die strafrechtliche Verfolgung zuzuschreiben. Genaues statistisches Material für die weibliche Homosexualität gebe es in Deutschland allerdings nicht. Er selbst sehe in seiner Klinik viele männliche, aber nur relativ wenig weibliche Homosexuelle; der Grund für diesen Unterschied liege in der stärkeren Bedrängnis der männlichen Homosexuellen durch die drohende Strafverfolgung, die bei der Lesbierin fehle. Möglich sei, daß das ausgeprägte weibliche Schamgefühl auch bei gleicher Bestrafung zu einer geringeren Publizität führen würde; aber hier handle es sich mehr um einen quantitativen, nicht um einen grundsätzlichen Unterschied. Die größere geschlechtliche Aktivität des Mannes möge sich auch in der homosexuellen Betätigung abzeichnen. Doch fänden sich gerade unter den Homosexuellen beider Geschlechter viele intersexe Variantenbildungen, so daß auch bei weiblichen Homosexuellen öfter eine starke und insofern soziologisch nicht harmlose Aktivität hervortrete. Die Verführung Jugendlicher sei bei den männlichen Homosexuellen sicher viel häufiger als bei Frauen, das Vorkommen weiblicher homosexueller Verführung überhaupt zu bestreiten, gehe jedoch zu weit. Freilich dürfte die mit sexueller Erregung gekoppelte rüde Aggressivität bei den homosexuellen Männern häufiger sein als bei Frauen.

55 Daß das weibliche Individuum durchschnittlich etwas früher reife als das männliche und infolgedessen eine zeitliche Verschiebung der Reife zwischen den Geschlechtern auftrete, sei für die strafrechtliche Beurteilung seines Erachtens nicht von Bedeutung. Das in § 175 a Nr. 3 festgesetzte Schutzalter von 21 Jahren sei richtig gewählt; ein Schutzalter von 16 oder 18 Jahren halte er als Arzt und Biologe für wesentlich zu niedrig.

56 Darüber zu streiten, ob die Homosexualität angeboren oder erworben sei, sei zwecklos. Es handle sich um ein reziprokes Verhältnis zwischen biologischer Disposition und äußeren Einflüssen. Es gebe viele Vererbungsvarianten, die in erhöhtem Maße anfällig seien, die leichter auf entsprechende Milieu-Reize reagieren und auf diese Reize hin entgleisen. Falsch sei es zu sagen, es gebe keine vererbten Sexualvarianten. Alles Lebendige variiere, dies liege in seinem Wesen. Es wäre unwahrscheinlich, wenn allein die Sexualkonstitution in der Vererbung nicht variieren würde.Dr. Giese hat ausgeführt:

57 Zur Frage a): Bei der Sexualität des Menschen müßten zweierlei Aspekte unterschieden werden; einerseits ein generativ-vegetativer, d. h. ein Aspekt auf die unbewußten Funktionen des Körpers im Zusammenhang mit der Geschlechtlichkeit, und andererseits ein sozialer.

58 Der Zeugungsvorgang sei ein kurzfristiger Akt. Von großer Bedeutung sei die Tatsache, daß mit diesem kurzfristigen Akt die Leistung der männlichen Sexualität für die generative Kontinuität biologisch gesehen abgeschlossen sei. Das Vatersein schließe sich an die Zeugung nicht auf dem Wege über weitere generativ-vegetative Leistungen, sondern auf dem Wege über soziale Leistungen an. Anders bei der Frau: Im Augenblick der Empfängnis würden die für eine Schwangerschaft bereits vorbereiteten anatomisch-physiologischen Vorgänge weiter entwickelt; es komme zur Gravidität, zur Geburt, zum Stillen, im Ganzen zu einem im Vergleich zur Zeugung langdauernden Vorgang. Die Leistung der weiblichen Sexualität sei also mit der Empfängnis nicht abgeschlossen; das Muttersein schließe sich vielmehr an das Empfangen auf dem Weg über weitere generativ- vegetative Leistungen Unmittelbar an. Infolgedessen nehme der generativ-vegetative Aspekt bei der weiblichen Sexualität einen viel größeren Raum ein als bei der männlichen und der soziale Aspekt einen kleineren. Der männlichen Sexualität fehle gegenüber der weiblichen die generative Leistung der Gravidität und Laktation; die weibliche Sexualität sei stärker dem Bereich des Triebhaft-Affektiven verhaftet. Die unterschiedliche Relevanz der generativ-vegetativen Bedingungen bei Mann und Frau konstituiere aber auch eine verschiedene willenspsychologische Situation, die im sozialen Aspekt sichtbar werde. Die männliche Sexualität sei von dem Generativ-Vegetativen "freigestellt"; es bestehe ein "Antriebsüberschuß", der die männliche Sexualität charakteristisch gefährde. Bei ihr spiele im Zusammenhang mit der Augenblicksgebundenheit des Zeugungsaktes das Lusterleben eine charakteristische Rolle. Das zeige sich in der rascheren Erregbarkeit, dem schnelleren Abklingen, der relativ leichten Wiederholbarkeit. Die besondere Gefährdung sei demnach direkt in dem charakteristischen Lusterleben der männlichen Sexualität zu suchen und als eine Gefahr der Akzentverschiebung zugunsten des bloßen Lustgewinns zu bezeichnen. Zeugen und Vatersein sei nicht ebenso miteinander verbunden wie Empfangen und Muttersein. Vatersein stelle eine "Adoption" dar (Michel), die willentliche Übernahme von Verantwortung. Aus der Möglichkeit einer solchen Haltung ergebe sich eine besondere kulturelle Chance, die aber von dem männlichen Sexualverhalten extrem häufiger als von dem weiblichen verfehlt werde. Der Hang zur Promiskuität sei ein Ausdruck dieser tatsächlichen Gefährdung. Diese Ungleichartigkeit im Triebleben bei Mann und Frau wirke sich auch bei der gleichgeschlechtlichen Betätigung aus, so daß auch diese als ungleichartig in Erscheinung trete. Aus der natürlichen Ungleichartigkeit der Geschlechter folge das stärkere Sexualbedürfnis des Mannes, das sich im regulären Sexualverhalten z.B. in der Form der Promiskuität und im Umkreis sexueller Verfehlungen als Perversion zeige. Die geringe Beteiligung der männlichen Sexualität am Generativ-Vegetativen gefährde den Mann stärker zum Verfall an die Sinnlichkeit des Erlebens; die Frau sei wegen ihrer stärkeren Beteiligung am Generativ-Vegetativen weniger gefährdet. Daher gelinge auch der homosexuellen Frau das Durchhalten sexueller Abstinenz leichter als dem Mann, zumal ihr auf Mutterschaft angelegter Organismus ihr von selbst den Weg weise, dort kompensatorisch Mutter zu sein, wo sie es biologisch nicht sei.

59 Der Sexualtrieb habe gleichartig bei Mann und Frau die Tendenz, eine bestimmte Endhandlung, nämlich die Kohabitation zu vollziehen. Er tendiere aber dabei nach einer Gewohnheitshaltung, nach einem Überbau, einem Zuhause. Diese Tendenz habe auch der homosexuell gerichtete Geschlechtstrieb: es gebe daher beim homosexuellen Mann wie bei der Lesbierin sogenannte Dauerbeziehungen, die einer ehelichen Gemeinschaft ähnlich seien. Jedoch gelängen solche Beziehungen der homosexuellen Frau leichter. Gerade lesbische Verhältnisse neigten zu Dauerhaftigkeit und Stabilität; ungebundene homosexuelle Frauen treffe man seltener als ungebundene homosexuelle Männer. Die Frau sei allerdings in bezug auf ihr Geschlechtsverhalten weit verschlossener als der Mann, was jede Aussage erschwere, wenn auch hierin eine gewisse Wandlung sich anzubahnen scheine.

60 Die Frage, ob bei homosexueller Betätigung die Geschlechtsunterschiede sich auswirken, sei also trotz zunehmender Angleichung des Verhaltens zu bejahen.

61 Zur Frage b): Für die soziale Bedeutung müßten die verschiedenen Formen sexuellen Verhaltens unterschieden werden. Unter ihnen sei die Verfehlung des Normalen von der Perversion zu unterscheiden.

62 Grundsätzlich könne jede sexuelle Handlung pervertieren. Zum Begriff der Perversion gehörten als psychopathologische Phänomene: Süchtigkeit, Progredienz, Symptomausbau und Destruktion. Die Destruktion richte sich gegen den Partner, so daß perverse Beziehungen wesensgemäß apersonal und asozial seien. Der Jurist bezeichne das wohl als Unzucht. Homosexuelles Verhalten könne zur Perversion werden; primär sei es aber Verfehlung. Homosexuelle Beziehungen blieben biologisch steril; in dieser Hinsicht bestehe zwischen dem homosexuellen Mann und der homosexuellen Frau kein Unterschied. Gleichartig sei die homosexuelle Betätigung auch insofern, als sie auf Grund taktiler Reize zum Orgasmus führe. Auch die Erscheinungsformen seien prinzipiell die gleichen.

63 Solange das homosexuelle Verhalten sich im Rahmen von Einzelbeziehungen oder Dauerbeziehungen mit dem gleichen Partner innerhalb der eigenen vier Wände halte, könne er eine soziale Gefährdung nicht sehen; Beziehungen dieser Art seien vielmehr geeignet, soziale Gefährdung zu verhüten. Erst mit dem Umschlagen zur Perversion werde das homosexuelle Verhalten des Mannes und der Frau sozial gefährdend, weil destruktiv. Symptomatisch hierfür seien Promiskuität, Prostituiertenverkehr, Verführung Minderjähriger usw. In all diesen Fällen werde die Öffentlichkeit berührt. Die soziale Gefährdung liege aber nicht nur im Tatbestand des "öffentlichen Ärgernisses", sondern in der Destruierung der Sittlichkeit. Die von Prof. Grassberger festgestellte größere Häufigkeit perverser Faktoren bei homosexuellen Männern könne er aus seinen Erfahrungen nicht bestätigen.

64 Eine soziale Gefährdung besonderer Art sei die Verführung. Sie könne unerwünschte Reifungskrisen auslösen und müsse kriminalpolitisch mit allen Mitteln verhindert werden. Dies sei um so wichtiger, als der homosexuelle Trieb sehr häufig auf jüngere, wenn auch nicht notwendig auf jugendliche Personen eingestellt sei. Beim homosexuellen Mann müsse die Sonderform des Päderasten unterschieden werden, der die Altersspanne von 12 bis 17 Jahren "bis zum Bartwuchs" begehre. Der typisch homosexuelle Mann suche den 20- bis 27-jährigen, zumeist den jünglinghaften, gleichwohl doch reifen Mann. Da der Päderast auf den normalen Knaben anspreche, zeige sich ein kriminalpolitisch zu beachtender Unterschied innerhalb der Homosexuellen. Eine der Päderastie analoge Tendenz sei ihm bei homosexuellen Frauen nicht aufgefallen. Die Verführung eines unreifen Menschen des gleichen oder anderen Geschlechts sei nahezu immer ein Symptom für perverses Verhalten. Zusammenfassend erscheine es richtig, bei eigentlich perversen Tatbeständen eine soziale Gefährdung durch homosexuelles Verhalten für beide Geschlechter gleichermaßen zu bejahen. Hierzu gehörten beide Verführungstatbestände. Bei den übrigen homosexuellen Verhaltensweisen sehe er keine soziale Gefährdung.

65 Zur Frage c): Der männlichen Sexualität sei eine größere Appetenz eigentümlich. Hemmungslosigkeit sei aber ein Ausdruck der Perversion des Geschlechtstriebes und führe gewöhnlich zu einer über das Maß hinaus gesteigerten Betätigung. Die Tatsache, daß die männliche Sexualität leichter in das Gleis der Perversion gerate, erkläre die auffallende Häufigkeit der Hemmungslosigkeit bei homosexuellen Männern. Grundsätzlich müsse aber die Möglichkeit der Perversion des Geschlechtsverhaltens in der Struktur der Sexualität und nicht in der Struktur besonderer Formen sexueller Verfehlungen gesucht werden. Daß die männliche Homosexualität stärker als die weibliche in der Öffentlichkeit in Erscheinung trete, sei außer Zweifel.

66 Insgesamt ergebe sich: Die aufgezeigten Unterschiede zwischen Mann und Frau ließen sich auch im Bereich des Homosexuellen durchgehend erkennen. Der homosexuelle Mann sein "Mann", die homosexuelle Frau sei "Frau".Prof. Grassberger hat unter Vorlegung und Auswertung umfangreichen statistischen Materials über die Erfahrungen, die sich in Österreich aus der paritätischen Verfolgung der Homosexualität bei beiden Geschlechtern ergeben haben, wie folgt berichtet:

67 Die Verurteilungen von Frauen seien nicht nur absolut weit seltener als die von Männern, ihre Zahl liege auch wesentlich unter ihrem sonstigen Anteil an der gesamten Verbrechenskriminalität. Gleichgeschlechtliche Unzucht in jüngeren Jahren sei bei Männern verhältnismäßig häufig, komme dagegen bei Frauen fast nicht vor. Ebenso ließen sich Männer noch im höheren Alter homosexuelle Verfehlungen zuschulden kommen, während lesbische Frauen in diesem Alter als solche kriminell nicht mehr in Erscheinung treten.

68 Die bedeutend geringere Verurteilungsziffer könne nicht auf eine geringere Intensität der Verfolgung zurückgeführt werden. Die Dunkelziffer bei den männlichen Homosexuellen scheine höher als bei den weiblichen, auch sei die lesbische Frau einer gerichtlichen Verfolgung eher ausgesetzt als der homosexuelle Mann. Der Unterschied in der Zahl der Verurteilungen sei also ein Ausdruck dafür, daß die Homosexualität unter Frauen bedeutend seltener als unter Männern vorkomme.

69 Für diese Tatsache gebe es eine Reihe psychologischer Erklärungen. Die Frau weise infolge ihrer biologischen Vorbelastung (Menstruation, Schwangerschaft usw.) allgemein eine geringere sexuelle Aktivität als der Mann auf. Für den Mann sei die geschlechtliche Betätigung fast ausschließlich mit Lustvorstellungen verbunden. Die Frau hingegen werde immer wieder daran erinnert, daß ihr Sexualleben auch mit Lasten verbunden sei; dies drücke die Freude am sexuellen Erleben. Der Mann sei in der Vollkraft seines Lebens grundsätzlich dauernd zu sexueller Tätigkeit bereit, während die Frau infolge der Menstruation ein Viertel der Zeit behindert sei.

70 Bei der männlichen Homosexualität spiele die Beteiligung am Unzuchtsakt aus rein materiellen Erwägungen eine bedeutende Rolle. Unter den 170 verurteilten Frauen, deren Unterlagen ausgewertet wurden, sei diese Erwägung nur in einem einzigen Fall maßgebend gewesen. Bei der weiblichen Homosexualität lasse sich kein Korrelat zum Strichjungen feststellen. Zwar beteiligten sich Prostituierte an lesbischen Verfehlungen, in der Mehrzahl dieser Fälle sei aber die Bereitschaft der Prostituierten zum gleichgeschlechtlichen Akt daraus entstanden, daß sie durch den wechselnden Umgang mit Männern die Fähigkeit verloren hätten, im heterosexuellen Verkehr einen Reiz zu empfinden.

71 Nach seinen Erfahrungen seien die Männer in der Aggressivität und somit in der sozialen Gefährlichkeit den Frauen weit überlegen. Die von ihnen ausgehende Gefahr einer Verführung sei wesentlich größer als bei den Lesbierinnen. Der männliche Homosexuelle suche in erster Linie kindliche und jugendliche Partner von 12 bis 19 Jahren, dagegen richte sich das Begehren der aktiven Lesbierin nicht auf die jugendliche, sondern grundsätzlich auf die geschlechtlich erfahrene Frau. Die Mehrzahl der mißbrauchten oder zur Unzucht aufgeforderten Frauen befinde sich im Alter von 18 bis 37 Jahren. Bei den Frauen bestehe daher ein weitgehender Gleichklang im Alter der am Unzuchtsakt Beteiligten. Diese grundsätzlichen Unterschiede seien für die Gefahren einer Verführung von wesentlicher Bedeutung. Die im jugendlichen Alter bestehende Gefahr der Fehlprägung sei bei der weiblichen Homosexualität weit geringer. Häufigerweise sich die Frau der Verführung zur gleichgeschlechtlichen Unzucht erst dann zugänglich, wenn sie in ihrem Eheleben Schiffbruch erlitten habe.

72 Die Fruchtbarkeit der begehrten weiblichen Partner sei erheblich größer als die der begehrten männlichen Homosexuellen. Dieser Unterschied sei nur zum Teil altersbedingt. Mit der Gewöhnung an die gleichgeschlechtliche Unzucht sei beim Mann vielfach eine dauernde Unfähigkeit zur heterosexuellen Betätigung verbunden, während die Frau weiterhin in der Lage bleibe, normalgeschlechtlich zu verkehren.

73 Grundsätzlich gefährde der einzelne homosexuelle Akt die sozialen Interessen bei Mann und Frau in gleicher Art. Ob die Störung des Gemeinschaftslebens ein legislatives Einschreiten erfordere, hänge aber nicht von dem einzelnen Akt, sondern von der Häufigkeit der Fälle ab.

74 Die Stellungnahme des Sachverständigen Dr. Wiethold, die weitgehend mit dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Hallermann übereinstimmt, geht dahin:

75 Im Triebleben gebe es zwischen Mann und Frau nicht nur quantitative, sondern auch ausgesprochen qualitative Unterschiede. Beim Manne sei das Triebleben von vornherein dualistisch angelegt: Körperliche Geschlechtsgier (Sexualität) und zärtliche Empfindungsfähigkeit (Erotik) seien zu unterscheiden. Bei vielen Männern und insbesondere bei den Homosexuellen blieben diese beiden Komponenten getrennt. Bei der Lesbierin hingegen seien Erotik und Sexualität miteinander verschmolzen und dabei das Zärtlichkeitsbedürfnis, das frauliche und mütterliche Gefühl überwiegend, so daß man zwischen einer lesbischen Betätigung und einer zärtlichen Frauenfreundschaft keine Grenzen ziehen könne. Die Homosexualität des Mannes sei im Regelfall eine steckengebliebene Kümmerform der heterosexuellen Entwicklung. Der homosexuelle Mann liebe den Jüngling und neige dazu, ihn zu verführen, dies sei bei der Frau niemals der Fall. Er habe keinen Fall kennengelernt, in dem eine Lesbierin ein kleines Mädchen angefaßt habe. Infolgedessen biete die lesbische Liebe praktisch kein strafrechtliches Interesse im Gegensatz zur Homosexualität, wo die Verführung eine ausschlaggebende Rolle spiele.

76 Die Frau sei viel zurückhaltender und schamhafter. So gäbe es keinen weiblichen Exhibitionismus. Eine ganze Reihe strafbarer Handlungen käme bei der Frau nicht vor. Weibliche homosexuelle Prostituierte habe er noch nicht gesehen.

77 Angeborene Homosexualität sei so selten, daß sie praktisch vernachlässigt werden könne. Gleichgeschlechtliche Betätigung gehe in der Regel auf entsprechende Einflüsse während der Pubertät zurück. Jeder Mensch sei homosexualisierbar. Die Pubertät sei die entscheidende Phase und besonders schutzbedürftig. Die Schutzbedürftigkeit des Knaben sei viel größer als die des Mädchens, auch bei gleichem Alter und bei gleicher körperlicher-seelischer Entwicklung. Das Mädchen werde von vornherein erzogen, die sexuelle Reinheit zu verteidigen. Der Knabe habe hierzu nicht die Fähigkeit und werde auch nicht entsprechend angehalten.

78 Vom Standpunkt des Soziologen hat Prof. Dr. Schelsky wie folgt Stellung genommen:

79 Der Unterschied in der strafrechtlichen Beurteilung männlicher und weiblicher Homosexualität gehe offensichtlich auf die in früheren gesellschaftlichen Zuständen ausgeprägte Verschiedenheit der sozialen Stellung von Mann und Frau zurück. Auf Grund der in die Öffentlichkeit gewandten Lebensführung und der familiären Verantwortung des Mannes habe man eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, der Jugendlichen und der Familie, vor allem bei der männlichen Homosexualität angenommen, wogegen das vorwiegend in die familiäre Privatheit gebundene Leben der Frau die gleichen sozialen Gefährdungen bei lesbischer Beziehung nicht zu bieten schien.

80 Die gesellschaftliche Stellung der Frau in der Öffentlichkeit und im beruflichen Leben habe sich aber geändert. Bei den in der Öffentlichkeit und im Beruf tätigen Frauen könne die weibliche Homosexualität gleiche Gefahren entstehen lassen wie die männliche Homosexualität. Bei Betriebsuntersuchungen seien ihm wiederholt Gerüchte bekannt geworden, wonach lesbische Abteilungsleiterinnen ihre Stellung zur Verführung von Untergebenen zu lesbischen Freundschaftsverhältnissen ausgenützt hätten. Andererseits bestehe für einen großen Teil der Frauen durchaus noch die starke Familiengebundenheit und bloße Privatheit ihrer Lebensführung; für sie seien die Motive des Gesetzgebers zugunsten der Straflosigkeit weiblicher Homosexualität immer noch berechtigt. Von der lesbischen Neigung solcher Frauen gehe eine geringere soziale Gefährdung aus als von gleichgeschlechtlichen Neigungen von Männern.

81 Die verschieden soziale Auswirkung männlicher und weiblicher Homosexualität sei aber auch darauf zurückzuführen, daß nur die erstere strafrechtlich verfolgt werde. Dies zeige sich in vielerlei Hinsicht. Die Anbahnung, Schließung und Fortführung lesbischer Verhältnisse bleibe privater, greife weniger auf andere, nicht erotische Verhaltensgebiete über und trete weniger in der Öffentlichkeit in Erscheinung. Es komme weniger zu Cliquenbildung und zu Asozialität sowie zur Prostitution. Die Lesbierin sei weit weniger der Erpressung, Verleumdung, Klatschsucht usw. ausgesetzt.

82 Eine Ausdehnung der Strafbarkeit auf die weiblichen Homosexuellen würde stärkere sozial negative Folgen aufweisen als die Verfolgung der männlichen Homosexualität, da die immer noch größere Heimgebundenheit auch der alleinstehenden Frau häufiger zu gemeinsamer Lebensführung von Frauen führe als von Männern. Die Anlässe zu Verdächtigungen, Verleumdungen usw. wären daher wesentlich zahlreicher als bei Männern.

83 Nach Ansicht der Sachverständigen Scheuner bedeutet die männliche und weibliche Homosexualität heute eine große soziale Gefahr, besonders für die heranwachsende Jugend. Eine Gefährdung sei stets dann gegeben, wenn die Werbung für homosexuelle Betätigung oder diese selbst in der Öffentlichkeit ausgeübt werde. Die stärkste Gefährdung liege aber auf dem Gebiet der Verführung durch ältere homosexuelle Personen.

84 In der Pubertätszeit durchlaufe der Jugendliche eine Phase der Zielunsicherheit des Geschlechtstriebes. Der Jugendliche trenne in dieser Zeit noch Erotik und Sexualität scharf voneinander, wodurch er einer sexuellen Verführung leichter verfalle. Bei normalen Jugendlichen werde diese Phase aber ohne Nachwirkung in verhältnismäßig kurzer Zeit überwunden, wenn nicht die Triebrichtung durch homosexuelle Verführung falsch fixiert und damit die Entwicklung der normalen sexuellen Empfindung erschwert oder verhindert werde.

85 Auf dem Gebiete der sozialen Gefährdung verdiene die männliche Homosexualität weit mehr Beachtung als die lesbische Liebe. Die männliche Homosexualität habe die Neigung zu ständigem Partnerwechsel. Sie gefährde die Volksgesundheit und die Sauberkeit des öffentlichen Lebens und untergrabe die Familie. Sie zeige sich ungehemmter in der Öffentlichkeit. Die lesbische Liebe werde heimlicher ausgeübt; sie scheue die Öffentlichkeit und sei wohl zahlenmäßig viel geringer. Das Mädchen werde durch eine starke Scheu und Zurückhaltung, durch ein noch im Unterbewußtsein verankertes natürliches Gefühl für sexuelle Ordnung und Zielrichtung, aber auch durch die altersmäßig frühere heterosexuelle Betätigung mit älteren Partnern vor der Homosexualität mehr bewahrt. Der aktiver veranlagte Junge komme leichter zu früher sexueller Betätigung, besonders in der Form der Onanie. Der männliche Jugendliche sei gegenüber dem anderen Geschlecht unsicher; er werde häufig durch eine ältere weibliche Person zu heterosexuellem Verkehr verführt.

86 Der männliche Homosexuelle neige zur Verführung Jugendlicher. Die Erfahrung zeige, daß die Mehrheit der Homosexuellen auf diesem Wege zu ihren Neigungen gekommen sei. Bei Mädchen, die zu homosexueller Betätigung verführt werden, werde dieser Trieb seltener fixiert wie beim männlichen Homosexuellen; der Umschlag zum anderen Geschlecht sei leichter möglich.

87 Eine homosexuelle Prostitution von Frauen gebe es nur in geringem Umfang.

88 Kriminalrat Wenzky ist auf Grund seiner kriminalistischen Erfahrung und den bei seiner Dienststelle erstellten Aufzeichnungen der Auffassung, daß die männliche Homosexualität in stärkerem Ausmaße eine soziale Gefährdung darstelle als die weibliche Homosexualität. Die jugendliche Lesbierin fehle. Die polizeiliche Praxis kenne keine Fälle von Verführung weiblicher Jugendlicher durch Lesbierinnen. Demgegenüber trete der männliche Homosexuelle, insbesondere der Jugendliche, in zunehmendem Maße in der Öffentlichkeit in Erscheinung. Gradmesser hierfür seien die Sammelbecken des homosexuellen "Freundschaftsanschlusses" die Bahnhöfe mit ihren Wartesälen, Bahnhofsvorplätze, Bedürfnisanstalten, Lokale mit ausgesprochen homosexuellem Milieu, homosexuelle Tanzzirkel usw. Der gemeinschaftsbeeinträchtigende Charakter der männlichen Homosexualität komme durch Knüpfen von Verbindungen wirtschaftlicher und dienstlicher Art zum Ausdruck.

89 Nach polizeilicher Auffassung erscheine der Homosexuelle als Typ besonders gesteigerter und einseitig orientierter Individualität mit einer Abneigung gegen familiäre Bindung und Hinstrebung zu einer homosexuellen Gruppe bei gleichzeitiger Ablehnung der nicht homosexuellen Gesellschaft. Das Strichjungenwesen sei eine spezifische Erscheinungsform der männlichen Homosexualität. Die Strichjungen hätten eine besondere Neigung zu verbrecherischem oder gemeinschaftsgefährdendem Verhalten (Herumtreiben, Verwahrlosen, Stehlen, Gewaltdelikte). Nur eine geringe Zahl von Strichjungen hätten eine echte homosexuelle Neigung; die weitaus meisten seien an sich auf das andere Geschlecht ausgerichtet.

90 Nach den kriminalpolizeilichen Erfahrungen sei die Lesbierin nicht im selben Maße wie der Homosexuelle ausschließlich gleichgeschlechtlich eingestellt. Die als Lesbierin in Erscheinung getretenen Frauen hätten auch geschlechtlichen Umgang mit Männern. Ehe und familiäre Bindungen würden von ihnen nicht abgelehnt. Es könnten auch beim Zusammenleben lesbischer Frauen keine gesellschaftsschädigenden oder gesellschaftsbeeinträchtigenden Umstände festgestellt werden.

91 Aus verschiedenen Einzelfällen ergebe sich, daß der männliche Homosexuelle häufig eine masochistische oder sadistische Aktivität aufweise und von einer außerordentlichen Hemmungslosigkeit sei, die zu zahlreichen Gewaltdelikten führe. Für die Lesbierin gelte das nicht.

92 Das Strichjungenwesen sei eine Teilerscheinung der männlichen Prostitution. Lesbische Prostitution gebe es nur in ganz vereinzelten Fällen. Von ca. 350-380 weiblichen Prostituierten in Köln würden etwa 4 auch mit Lesbierinnen verkehren; demgegenüber gebe es 230-240 Strichjungen.

93 Aus der vorbereitenden Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Kroh ist hervorzuheben:

94 Die konstitutionellen Unterschiede, die zwischen Mann und Frau im Gebiete der Geschlechtsausstattung bestehen, deuteten eine Ergänzungsbedürftigkeit der beiden Geschlechter an: beide seien zum Vollzug regulären Sexuallebens aufeinander angewiesen.

95 Die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weise dabei dem Mann und der Frau verschiedene Funktionen zu: Dem Manne eine mehr bedrängende und fordernde, der Frau eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion. Diese Unterschiede der physiologischen Funktion ließen sich aus dem ganzheitlichen Zusammenhang des geschlechtlich differenzierten menschlichen Seins nicht ausgliedern. Sie seien mitkonstituierend für Mann und Frau. Von Natur aus sei dem Manne das Fordernde und Drängende, der Frau das Ausweichende und Hingebende eigen.

96 Für die Frage, ob die aufgezeigten Unterschiede auch für eine gleichgeschlechtliche Betätigung gelten, sei davon auszugehen, daß gleich geschlechtliche Betätigung beim Manne sowohl wie bei der Frau unter sehr verschiedenen Bedingungen zustande kommen könne: Auf Grund einer Anlage zu gleichgeschlechtlicher Affinität, auf Grund von Notständen des Sexuallebens, schließlich auf Grund von Einwirkungen spezifischer Art, wie sie einmal in Akten der Verführung, zum anderen in willkürlichen Modifikationen oder Steigerungen der Sexuallust gegeben sein können.

97 Diese drei Fälle müßten durch eine nähere Betrachtung voneinander unterschieden werden. Es ergebe sich dann, daß von einer völligen Gleichartigkeit des Trieblebens bei Mann und Frau nur fallweise gesprochen werden könne.

98 Die sozialen Beziehungen seien bei gleichgeschlechtlicher Betätigung andere als bei heterogeschlechtlicher. Gefährdungen für das soziale Leben deuten sich in drei Richtungen an:

99 a) Gleichgeschlechtliche Beziehungen - auch wo sie vom Gesetzgeber als nicht gesetzwidrig toleriert werden - würden vor der Öffentlichkeit sorgfältiger verheimlicht als reguläre Liebesbeziehungen. Sie führten in das gesellschaftliche Leben Kontaktformen ein, die von schwer durchschaubarer Dynamik seien.

100 b) Homosexuelle Beziehungen seien an sexuellen Lustgewinn gebunden. Gerade weil weitergehende Zwecke meist fehlten, könnten sich selbstische Zwecke in homosexuellen Beziehungen besonders leicht einnisten. Hieraus könnten vielfältige protektionistische Maßnahmen erwachsen. Getarnte Menschlichkeit von Entscheidungen in Personalfragen könne eine Begleiterscheinung der Homosexualität sein.

101 c) Menschen, die, ohne selbst homosexuell zu sein, auf homosexuelle Beziehungen eingehen, folgten oft sehr äußerlichen Antrieben. Der homosexuelle Mann, der nach Befriedigung seines Triebes strebe, stoße daher in vielen Fällen auf Menschen, die einer echten erotischen Beziehung nicht würdig seien. Das damit verbundene Abgleiten in andere soziale und kulturelle Kreise könne zu einer schweren Belastung führen.

102 Ob und in welchem Umfange dies auch für die Lesbierin gelte, lasse sich schwer feststellen. Dem Anschein nach werde hier soziales Abgleiten so lange selten bleiben, wie sich eine eigentliche Prostitution noch nicht entwickelt habe. Die störenden Auswirkungen gleichgeschlechtlicher Betätigung auf die soziale Sphäre dürften bei Männern größer sein als bei Frauen. Dieser Unterschied sei auch durch die gesellschaftliche Struktur unserer Lebensverhältnisse bedingt. Folgende Unterschiede seien aber festzustellen:

103 a) Es liege im Wesen des Mannes, daß seine Versuche einer Verführung zum gleichgeschlechtlichen Verkehr durch sein mehr ausgreifend gerichtetes Triebleben gekennzeichnet seien, was nicht ausschließe, daß männlich strukturierte Frauen ebenso wie feminine Homosexuelle zahlreiche Ausnahmefälle bildeten.

104 b) Gleichgeschlechtliche Prostitution spiele zur Zeit noch bei Männern eine verhältnismäßig größere Rolle als bei Frauen, bei denen sie sich erst in Ansätzen andeute.

105 c) Die Behinderungen für die Aufnahme eines heterosexuellen Verkehrs seien bei homosexuellen Männern einschneidender als die Hemmungen, die sich bei Lesbierinnen einstellten.

106 d) Die Gefahr. sich mit unwerten Partnern zu verbinden, sei beim homosexuellen Mann heute noch entschieden größer als bei der lesbischen Frau. Die Stellung des Mannes im öffentlichen Leben verleihe seinen sozialrelevanten Entscheidungen gegenüber denen der Frau eine größere Reichweite.

107 Die Sexualität habe sowohl beim Manne wie bei der Frau immer individuelle Ausprägung. Der Grad der Aktivität dürfte beim Manne auch in der gleichgeschlechtlichen Begegnung größer sein als bei der Frau. Es lasse sich jedoch nicht verkennen, daß maskuline Frauen sehr oft ebenso ungehemmt sein können wie Männer. Wenn die Gefahr der Verbreitung gleichgeschlechtlicher Einstellung durch Verführung von Jugendlichen beim Manne größer sein dürfte als bei der Frau, so liege das auch daran, daß die männliche Homosexualität das allgemeine Denken mehr beschäftige, daß sie in der Öffentlichkeit häufiger und unmißverständlicher in Erscheinung trete und durch mutuelle Onanie unmittelbarer vorbereitet werde als die lesbische Liebe.

108 Der Sachverständige hat seine Ausführungen dahin zusammengefaßt, daß die männliche Homosexualität der Sexualerziehung zur Zeit noch erheblich schwerere und dringlichere Probleme aufgebe als die lesbische Liebe.

109 Die Beschwerdeführer haben zu den Ausführungen der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung Stellung genommen.

110 B.

111 Zur Verfassungsbeschwerde R.:

112 Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, aber nicht begründet.

113 I.

114 Den ersten Einwand gegen die Geltung der §§ 175, 175 a StGB entnimmt der Beschwerdeführer dem nationalsozialistischen Ursprung dieser Bestimmungen. Er macht geltend, das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 sei unwirksam, weil es auf der Grundlage des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933 (RGBI. I, 141), des sogenannten Ermächtigungsgesetzes, von der nationalsozialistischen Reichsregierung ohne die Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften erlassen worden sei; ein unter so eklatantem Verstoß gegen demokratische Grundsätze erlassenes Strafgesetz könne in einem demokratischen Staatswesen keinen Bestand haben. Die Verschärfung der Strafbestimmungen gegen die Homosexualität durch das erwähnte Gesetz sei auch sachlich nicht gerechtfertigt gewesen und nur als Ausfluß der nationalsozialistischen Rassenlehre verständlich; die neuen Bestimmungen enthielten in so hohem Maße nationalsozialistisches Gedankengut, daß sie in einer freien Demokratie nicht mehr angewandt werden dürften.

115 Dieser Einwand ist unbegründet.

116 1. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits wiederholt Gesetze und Verordnungen, die auf Grund des Ermächtigungsgesetzes von der nationalsozialistischen Reichsregierung erlassen worden waren, angewendet und dadurch zu erkennen gegeben, daß es sie nicht schon aus diesem Grunde für nichtig hält; so z.B. die Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung vom 20. März 1935 (BVerfGE 2, 307) und die Reichsärzteordnung vom 13. Dezember 1935 (BVerfGE 4, 74 [86]). In dem Urteil vom 17. Dezember 1953 hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, die Beseitigung nationalsozialistischer Rechtsvorschriften, die formell ordnungsgemäß erlassen und von den Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft hingenommen worden seien und seither jahrelang unangefochten bestanden hätten, müßte aus Gründen der Rechtssicherheit dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben (BVerfGE 3, 58 [119]). In seinem Beschluß vom 19. Februar 1957 (BVerfGE 6, 132) hat das Gericht an dieser Rechtsprechung festgehalten und ausgeführt, es habe

117 "nicht übersehen, daß im 'Dritten Reich' die Grundlage der Regierungsgesetzgebung, das sogenannte Ermächtigungsgesetz, von der damaligen Rechtslage aus beurteilt, hinsichtlich seiner verfassungsrechtlichen Wirksamkeit schwersten Bedenken unterliegt. Es hat auch nicht übersehen, daß unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft Gesetze mit einem solchen Maße von Ungerechtigkeit und Gemeinschädlichkeit erlassen worden sind, daß ihnen jede Geltung als Recht abgesprochen werden muß (vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. S. 336). Trotzdem können nicht alle Gesetze, die von der nationalsozialistischen Regierung erlassen worden sind, ohne Prüfung ihres Inhalts und der Frage, ob sie von den Betroffenen noch als geltendes Recht angesehen werden, als rechtsunwirksam behandelt werden. Eine solche Annahme würde übersehen, daß auch eine ungerechte und von geläuterter Auffassung aus abzulehnende Gesetzgebung durch das auch ihr innewohnende Ordnungselement Geltung gewinnen kann; sie schafft wenigstens Rechtssicherheit und ist deshalb, wenn sie sich innerhalb gewisser äußerster Grenzen hält, einem völligen Rechtschaos innerhalb der Rechtsunterworfenen gegenüber das geringere Übel. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht angenommen, daß die nationalsozialistische Gesetzgebung, soweit sie nicht offenbares Unrecht gesetzt hat und daher jeder Wirkung entbehrt, zwar nicht als ihrem Ursprung nach legitime Rechtsordnung, wohl aber kraft "soziologischer Geltungskraft" zu beachten ist und nicht etwas als nur tatsächliche Behinderung der Geltung des wirklichen Rechts beiseite geschoben und nachträglich ungesehen gemacht werden kann".

118 Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts ist in seinem Urteil vom 26. März 1957 - 2 BvG 1/55 - (Konkordatsurteil) zum gleichen Ergebnis gekommen.

119 2. Es muß also bei Gesetzen und Verordnungen, die auf der Grundlage des Ermächtigungsgesetzes erlassen worden sind, geprüft werden, ob sie nicht ihres Inhalts wegen unanwendbar geworden sind.

120 a) Nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft standen die Besatzungsmächte, die zunächst die ausschließliche Staatsgewalt ausübten, vor der Frage, wie das von dem nationalsozialistischen Regime gesetzte Recht zu behandeln sei. Da der Nationalsozialismus während der 12 Jahre seiner Herrschaft in nahezu alle Rechtsgebiete in großem Umfang eingegriffen und das früher geltende Recht umgestaltet, geändert oder durch neues Recht ersetzt hatte, war diese Frage von großer Bedeutung. Bei dem neuen Recht handelte es sich zum großen Teil um Normen, die unmittelbar der Schaffung, der Festigung und dem Ausbau des nationalsozialistischen Staates dienen sollten. Ein Teil des neuen Rechts brachte aber auch Reformen zum Abschluß, die während der Geltung der Weimarer Reichsverfassung geplant waren, aber nicht mehr hatten verwirklicht werden können. Endlich waren, vor allem während des Krieges, zahlreiche Vorschriften vorwiegend technischer Natur zur Behebung von Notständen und insbesondere zur Durchführung der Zwangswirtschaft erlassen worden.

121 Trotz ihrer Ablehnung des Nationalsozialismus haben die Besatzungsmächte aus praktischen Erwägungen die von der nationalsozialistischen Regierung erlassenen Gesetze und Verordnungen grundsätzlich weiter gelten lassen und lediglich die ihrem Inhalt nach spezifisch nationalsozialistischen Teile beseitigt, außerdem durch besondere Richtlinien eine von nationalsozialistischen Tendenzen freie Anwendung des fortgeltenden Rechts sichergestellt. Für den Bereich der westlichen Besatzungsmächte wurde dies durch das Militärregierungsgesetz Nr. 1 eingeleitet, das eine Anzahl einzeln aufgeführter "nationalsozialistischer Grundgesetze" mit sämtlichen Ergänzungs- und Ausführungsbestimmungen aufhob, die Anwendung deutschen Rechts untersagte, sofern sie den Gleichheitsgrundsatz zugunsten der NSDAP oder ihrer Anhänger oder durch Diskriminierungen auf Grund von Rasse, Staatsangehörigkeit, Glauben oder politischer Überzeugung verletzen würde, die Auslegung oder Anwendung deutschen Rechts nach nationalsozialistischen Lehren verbot und für das Recht, "das nach dem 30. Januar 1933 in Kraft trat und in Kraft bleiben darf", eine Auslegung und Anwendung "entsprechend dem klaren Sinn des Wortlautes" vorschrieb. Von demselben Standpunkt ging die von der Militärregierung erlassene Allgemeine Anweisung für Richter Nr. 1 (AAR 1) aus, wenn sie in Nr. 8 b unbeschadet des ausdrücklichen Verbotes, grausame oder übermäßig hohe Strafen zu verhängen, den Richtern untersagte, von Strafschärfungen, die seit dem 30. Januar 1933 neu eingeführt worden waren, Gebrauch zu machen, es sei denn, daß dies durch die kriminelle Vergangenheit des Angeklagten oder die Häufigkeit der Straftat berechtigt sei.

122 Der Kontrollrat folgte denselben Grundsätzen. So hob er in KRG Nr. 1 eine Reihe von Gesetzen politischer Natur oder Ausnahmegesetzen samt Durchführungsbestimmungen auf; in den KRG Nr. 11 und 55 ergänzte er diese Liste durch Aufhebung zahlreicher strafrechtlicher Bestimmungen, darunter auch solcher, die durch das Gesetz vom 28. Juni 1935 eingeführt worden waren. Auch er sah aber von einer generellen Aufhebung des nationalsozialistischen Rechts ab, ging also von dem grundsätzlichen Fortbestand dieses Rechts aus und verbot lediglich eine diskriminierende Anwendung in ähnlicher Weise wie das MRG Nr. 1 (KRG Nr. 1 Art. II).

123 Das Ergebnis war, daß die politischen und staatsrechtlichen "Grundgesetze" des nationalsozialistischen Staates förmlich außer Kraft gesetzt wurden, während der größte Teil der übrigen vom nationalsozialistischen Gesetzgeber erlassenen Normen in Kraft blieb. Die § 175 f StGB sind von den Besatzungsmächten - abgesehen von der vorübergehenden Einschränkung der den deutschen Richtern eingeräumten Strafbefugnis durch Nr. 8 b AAR 1 - weder aufgehoben noch abgeändert worden.

124 b) Wenn die Besatzungsmächte Rechtsvorschriften aus der nationalsozialistischen Zeit nicht aufgehoben haben, bedeutete das im allgemeinen nur, daß sie von den deutschen Gerichten und Behörden weiter angewandt werden durften; damit sollte nicht ausgeschlossen sein, daß diese ihrerseits zu der Auffassung kamen, gewisse Vorschriften seien so stark von nationalsozialistischem Geist geprägt, daß sie mit dem Rechtssystem eines demokratischen Staates unvereinbar und daher nicht mehr anzuwenden seien. Die deutschen Gerichte haben ein Prüfungsrecht in dieser Richtung in zahlreichen Fällen in Anspruch genommen. Je mehr freilich neue deutsche Gesetzgeber tätig wurden und nationalsozialistisches Recht im Wege der ordentlichen Gesetzgebung durch neues Recht abgelöst wurde, um so weniger neigten die Gerichte noch dazu, das von diesen neuen Gesetzgebern unverändert gelassene Recht aus dem deutschen Rechtssystem auszuscheiden (vgl. Wengler, Die Nichtanwendung nationalsozialistischen Rechts im Lichte der Rechtsvergleichung und der allgemeinen Rechtslehre, JR 1949, 67; Staat und Recht in den Anschauungen des 20. Jahrhunderts, Hessische Hochschulwochen, Bd. III, 1954, S. 70 ff.).

125 Die §§ 175, 175 a StGB sind von keinem deutschen Gesetzgeber in den westlichen Besatzungszonen aufgehoben oder geändert worden. Die Gerichte haben nach anfänglichem Schwanken diese Bestimmungen einhellig angewandt und dafür die Billigung der neu errichteten obersten Gerichte gefunden (OGHStr. 1, 126 für § 175 a; BGHStr. 1, 80 für §175 und dann fortlaufend: BGHStr. 1, 107; 1, 293; 4, 323; Lindenmaier-Möhring, § 175 Nr. 5 = NJW 1951, 810; NJW 1952, 796). Auch in der Literatur ist der Weitergeltung dieser Vorschriften nur vereinzelt widersprochen worden; zweifelnd vor allem Lange-Kohlrausch 39/40. Aufl. (1950), wo im Ergebnis aber die Fortgeltung bejaht und nur für die Auslegung des § 175 nF StGB die Rückkehr zu der Beschränkung auf beischlafähnliche Handlungen gefordert wird (vgl. auch Lange, JZ 1951 S. 562 ff. in der Besprechung von BGHStr. 1, 80).

126 Es ist also festzuhalten: von 1945 bis zum Zusammentritt des Bundestages herrschte in den westlichen Besatzungszonen so gut wie einhellig die Meinung, die §§ 175 und 175 a StGB seien nicht in dem Maße "nationalsozialistisch geprägtes Recht", daß ihnen in einem freiheitlich demokratischen Staate die Geltung versagt werden müsse.

127 c) Das Grundgesetz hat in Art. 123 Abs. 1 bestimmt, daß Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages fortgilt, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht.

128 Dieser Artikel unterscheidet nicht, aus welcher Quelle und aus welcher Zeit das Recht stammt, dessen Fortgeltung in Frage steht; vor allem enthält er keine besondere Bestimmung über die Fortgeltung des Gesetzes- und Verordnungsrechtes aus der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft. Das Fehlen einer besonderen Regelung läßt sich auf dem Hintergrund der oben geschilderten Einstellung der Besatzungsbehörden und der Praxis der deutschen Gerichte und Behörden in der Zeit bis zur Schaffung des Grundgesetzes nur dahin deuten, daß diese Praxis gebilligt wurde und grundsätzlich die Gesetze und Verordnungen aus der nationalsozialistischen Zeit fortgelten sollten.

129 Mit dieser Auslegung des Art. 123 GG stimmt es überein, wenn in den weiter folgenden Übergangsbestimmungen nirgends zwischen Reichsrecht aus der Zeit vor der "Machtübernahme" durch den Nationalsozialismus und Reichsrecht aus der Zeit nach dem 30. Januar 1933 unterschieden wird, obwohl der Inhalt dieser Bestimmungen, z.B. des Art. 125 Abs. 2 GG, zu einer solchen Unterscheidung Anlaß hätte geben müssen, wenn sie beabsichtigt gewesen wäre.

130 d) Da, wie oben dargelegt, die §§ 175, 175 a StGB in der Fassung des Gesetzes vom 28. Juni 1935 beim Zusammentritt des Bundestages sowohl formell wie materiell in Geltung standen, wären sie gemäß Art. 123 Abs. 1 GG mit diesem Zeitpunkt nur dann außer Kraft getreten, wenn sie mit dem Grundgesetz unvereinbar waren. Das wäre sowohl dann der Fall, wenn diese Vorschriften einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes, wie auch, wenn sie - geschriebenen oder ungeschriebenen - allgemeinen Verfassungsgrundsätzen der freiheitlichen Demokratie widersprächen. Ob das zutrifft, wird unten zu untersuchen sein. Dagegen bedarf es jetzt nicht mehr, wie der Beschwerdeführer meint, einer gesonderten Untersuchung darüber, ob die §§ 175, 175 a StGB richtiger Ansicht nach als nationalsozialistisch geprägtes Recht schon beim Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft außer Kraft getreten sind, ob also mit anderen Worten die oben geschilderte, die Weitergeltung dieser Bestimmungen annehmende Lehre und Praxis "richtig" war. Sie könnte nur dann falsch gewesen sein, wenn die Bestimmungen mit den Grundsätzen eines freiheitlich demokratischen Staates unvereinbar gewesen wären. Wären sie das, so könnten sie auch mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sein, das die Verfassung eines freiheitlich-demokratischen Staatswesens ist. Die Prüfung der Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz aber wird durch Art. 123 Abs. 1 GG ermöglicht; für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung genügt es, daß, wie gezeigt, die §§ 175, 175 a StGB beim Zusammentritt des Bundestages formell noch gegolten haben und von den Gerichten angewandt worden sind.

131 II.

132 Die Vereinbarkeit der §§ 175, 175 a Nr. 3 StGB mit dem Grundgesetz bestreitet der Beschwerdeführer in erster Linie unter Hinweis auf Art. 3 GG. Er macht geltend, diese Vorschriften verletzten den Gleichheitsgrundsatz vor allem in seiner besonderen Ausgestaltung hinsichtlich der Gleichberechtigung der Geschlechter, sie seien aber auch mit dem allgemeinen Gedanken der Rechtsgleichheit unvereinbar.

133 Der in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ausgesprochene Grundsatz der Gleichberechtigung von Männern und Frauen werde durch die §§ 175, 175 a StGB verletzt, weil zwar gleichgeschlechtliche Beziehungen zwischen Männern bestraft werden, nicht aber auch solche zwischen Frauen. § 175 a Nr. 3 StGB sei außerdem mit dem speziellen Gleichheitssatz deshalb unvereinbar, weil das Schutzalter für jugendliche Männer gegen Verführung zu gleichgeschlechtlicher Unzucht auf 21 Jahre festgesetzt sei, während das Schutzalter für Mädchen gegen Verführung zum Beischlaf nach § 182 StGB nur 16 Jahre betrage.

134 Es fehle ferner schlechthin jeder zureichende sachliche Grund dafür, gleichgeschlechtliche Beziehungen zu bestrafen, falls nicht besondere Erschwerungsgründe hinzutreten, denn durch gleichgeschlechtliche Beziehungen als solche werde ein öffentliches Interesse nicht verletzt. Die Bestrafung der männlichen Homosexualität sei also willkürlich und verstoße dadurch auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

135 (A) Das Grundgesetz statuiert in Artikel 3 Absatz 2 die Gleichberechtigung der Geschlechter positiv:

136 "Männer und Frauen sind gleichberechtigt"

137 und wiederholt dieselbe Regel im Rahmen der Differenzierungsverbote des Absatzes 3 in negativer Wendung:

138 "Niemand darf wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden."

139 Durch diese Bestimmungen, wie durch die sonstigen Wertentscheidungen des Grundgesetzes, wird auch der Gesetzgeber gebunden, der Raum seiner Gestaltungsfreiheit begrenzt.

140 Die Verfassungsbeschwerde müßte also Erfolg haben, wenn Art. 3 Abs. 2 und 3 GG überhaupt auf die vom Beschwerdeführer genannten Tatbestände anwendbar wäre. Das ist aber nicht der Fall.

141 1. Die Ansicht des Beschwerdeführers, die Festsetzung des Schutzalters in § 175 a Nr. 3 StGB verstoße gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter, ist unbegründet. § 175 a Nr. 3 StGB behandelt ein gleichgeschlechtliches, § 182 StGB ein heterosexuelles Delikt. Die beiden Straftatbestände sind also - auch abgesehen von dem Geschlecht des Geschützten wesensverschieden und daher im Sinne des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nicht vergleichbar.

142 2. Die Strafvorschriften gegen die männliche Homosexualität verstoßen aber auch in ihrer Gesamtheit nicht gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG.

143 a) Die Anwendbarkeit des speziellen Gleichheitssatzes auf den vorliegenden Fall wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Handlungen, die zur Verurteilung des Beschwerdeführers R. Anlaß gegeben haben, in die Zeit vor dem 1. April 1953 fallen, also in einen Zeitraum, in dem nach Art. 117 Abs. 1 GG dem Art. 3 Abs. 2 GG entgegenstehendes Recht noch in Kraft war. Zwar nimmt man allgemein zutreffend an, daß diese Übergangsvorschrift, die sich ihrem Wortlaut nach nur auf Art. 3 Abs. 2 GG bezieht, sinngemäß auch für die Parallelbestimmung in Absatz 3 gilt. Hier kommt es aber auf die in Art. 117 GG gesetzte Frist nicht an, weil das Strafurteil gegen den Beschwerdeführer erst am 14. Oktober 1953, also nach Ablauf der Übergangsfrist ergangen ist und § 2 Abs. 2 StGB (in der am 1. Oktober 1953 in Kraft getretenen Neufassung durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 - BGBl. I S. 735 -) die Anwendung einer zwischen der Tat und ihrer Aburteilung eingetretenen Milderung des Strafgesetzes zugunsten des Angeklagten zwingend vorschreibt. Diese Vorschrift würde auch den vorliegenden Fall umfassen, wenn das spätere Gesetz - hier das Grundgesetz - zur Straflosigkeit der früher unter Strafe gestellten Handlungen führen würde.

144 b) Eine Prüfung ergibt jedoch, daß der Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau für die gesetzgeberische Behandlung der männlichen und der weiblichen Homosexualität keinen Maßstab abgibt.

145 Bereits in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Dezember 1953 (BVerfGE 3, 225) ist darauf hingewiesen, daß - unbeschadet des Grundsatzes der Gleichberechtigung im Bereich des damals zur Erörterung stehenden Familienrechts "im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses auch eine besondere rechtliche Regelung erlaubt oder sogar notwendig ist (z.B. alle Bestimmungen zum Schutze der Frau als Mutter, Differenzierungen der Art der Leistung für die Familiengemeinschaft)" (a.a.O. [242]). Der gleiche Gedanke trägt die Entscheidung vom 25. Mai 1956 (BVerfGE 5, 9 [12]), in der es sich um die Vereinbarkeit von Arbeitszeitbeschränkungen zugunsten der Frau mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG handelte. Die Vereinbarkeit ist hier bejaht worden, weil die angegriffene Norm eine Regelung trifft, "die der biologischen Besonderheit der Frau im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses schützend Rechnung trägt".

146 Auch für das Gebiet der Homosexualität rechtfertigen biologische Verschiedenheiten eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter. Die Verwendung des Ausdrucks "wegen seines Geschlechts" in Art. 3 Abs. 3 GG scheint allerdings darauf hinzudeuten, daß gerade solche Unterscheidungen untersagt sind. Mit dieser Auslegung wird man dem Sinn dieser Bestimmung jedoch nicht gerecht: Wie der ganze Grundrechtsteil des Grundgesetzes hat auch Art. 3 GG den Menschen als sozialbezogene Persönlichkeit im Auge; daher gilt das Verbot der Differenzierung nach dem Vergleichspaar Mann-Frau nur dann, wenn der zu ordnende soziale Lebenstatbestand essentiell vergleichbar ist, d.h. wenn er, vom Geschlecht der Betroffenen abgesehen, weitere wesentliche Elemente umfaßt, die ihrerseits gleich sind. Es müssen also den für Mann und Frau zu vergleichenden Tatbeständen wesentliche Elemente gemeinsam sein, die verglichen werden können - wie z.B. im Arbeitsrecht oder im Wahlrecht. Diese Voraussetzung für die Anwendung von Art. 3 Abs. 3 GG fehlt nicht nur, wenn gemeinsame Elemente überhaupt nicht vorhanden sind, sie ist auch dann nicht gegeben, wenn der biologische Geschlechtsunterschied den Lebenssachverhalt so entscheidend prägt, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten. Auch dann sind für eine natürliche Auffassung vergleichbare Tatbestände nicht mehr gegeben, so daß die verschiedene Behandlung von Mann und Frau mit den in Art. 3 Abs. 3 GG gebrauchten Begriffen "Benachteiligen" und "Bevorzugen" nicht mehr sinnvoll zu erfassen ist - sie passen nicht mehr.

147 Die Unanwendbarkeit des Art. 3 Abs. 3 GG - und dasselbe gilt für Abs. 2 dieses Artikels - aus diesen Gründen ist evident, wenn der zu ordnende Lebenstatbestand überhaupt nur in einem Geschlecht verwirklicht werden kann. Zum Beispiel kann der Mann, da nur die Frau Mutter wird, durch Bestimmungen zum Schutz der Mutter niemals im Rechtssinn bevorzugt oder benachteiligt werden. Deshalb spielt die Gleichberechtigung keine Rolle im gesamten Gebiet des Mutterschutzes.

148 Ebenso schließen die oben entwickelten Gründe die Anwendung der Abs. 2 und 3 des Art. 3 GG im Bereich des Sexualstrafrechts aus, für dessen Tatbestände der Geschlechtstrieb des Menschen das konstituierende Element ist. Ohne weiteres ergibt sich ihre Unanwendbarkeit auf Strafbestimmungen, die dadurch notwendig werden, daß die zwischen den Geschlechtern bestehende Spannung typische soziale Gefahren mit sich bringt. Diese Spannung beruht gerade auf der natürlichen Verschiedenheit der beiden Geschlechter, so daß der Geschlechtsunterschied für diese Gruppe von Strafbestimmungen der notwendige Ausgangspunkt ist. Hier wird der Straftatbestand wesentlich dadurch bestimmt, daß der Mann als männliches Geschlechtswesen, die Frau als weibliches Geschlechtswesen in Erscheinung tritt und aus der besonderen biologischen Eigenart der beiden Geschlechter sich typische besondere Gefahrensituationen ergeben. Es kann daher keine Rede davon sein, daß es Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verletzen würde, wenn beispielsweise die Strafdrohungen der §§ 177 (Notzucht) oder 181 a (Zuhälterei) sich einseitig gegen das männliche Geschlecht richten.

149 Bei der gleichgeschlechtlichen Liebe handelt es sich nun nicht um das Spannungsverhältnis zwischen den Geschlechtern, da die beteiligten Personen nicht zu dem anderen, sondern zu dem eigenen Geschlecht in Beziehung treten. Daraus folgt aber keineswegs, daß männliche und weibliche Homosexualität vergleichbare Tatbestände im Sinne von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG bilden. Gemeinsam ist hier zwar der formale Oberbegriff der "gleichgeschlechtlichen" oder "widernatürlichen" Unzucht, nicht aber sind es die entscheidenden Elemente des Tatbestandes. Mann und Frau können als verschiedene Geschlechtswesen auch die gleichgeschlechtliche Unzucht nur in den ihrem Geschlecht möglichen und eigenen Formen ausüben. Diese besondere Geschlechtsprägung der gleichgeschlechtlichen Unzucht tritt wie in der Verschiedenartigkeit der körperlichen Begehungsformen so auch in dem verschiedenartigen psychischen Verhalten bei diesen Vorgängen zutage und bestimmt von diesen biologischen Verschiedenheiten her deutlich das gesamte Sozialbild dieser Form sexueller Betätigung.

150 Die Beweisaufnahme hat dies zur vollen Überzeugung des Gerichts geklärt. Sie hat zunächst ergeben, daß die Verbreitung der weiblichen Homosexualität hinter der der männlichen erheblich zurückbleibt. Allerdings sind die deutschen Sachverständigen mangels statistischer Unterlagen insoweit auf Vermutungen angewiesen, ihr Urteil über das Ausmaß der Verbreitung ist daher nicht einheitlich, zumal die ungleiche strafrechtliche Behandlung von schwer durchschaubarer Bedeutung für Häufigkeit und Bekanntwerden der einzelnen Fälle ist. Besonders aufschlußreich ist daher das Gutachten des Sachverständigen Grassberger über die Verhältnisse in Österreich, wo die Homosexualität bei beiden Geschlechtern in gleicher Weise bestraft wird. Seinem Gutachten liegt Material für 6 098 Fälle männlicher und 142 Fälle weiblicher Homosexualität aus den Jahren 1922 bis 1936 und für 3 550 Fälle männlicher und 114 Fälle weiblicher Homosexualität aus den Jahren 1946 bis 1953 zugrunde. Dieses Material zeigt, daß in Österreich die Zahl der wegen lesbischer Liebe verurteilten Frauen weniger als 4 v.H. der wegen gleichgeschlechtlicher Unzucht verurteilten Männer erreicht, und daß damit der Anteil von Frauen an den Verurteilungen wegen gleichgeschlechtlicher Unzucht nur rund ein Siebentel ihrer Beteiligung an der gesamten Kriminalität beträgt. Dabei betont der Sachverständige ausdrücklich, daß dieser zahlenmäßige Unterschied nicht auf einer bei den Frauen höheren Dunkelziffer beruht, die etwa aus einer unterschiedlichen Verfolgungsintensität zu erklären wäre.

151 Gewiß kann es für die Vergleichbarkeit männlicher und weiblicher Homosexualität als Straftatbestand nicht entscheidend auf die Häufigkeit solcher Fälle ankommen. Trotzdem hat die Verschiedenheit der Quantität ihre Bedeutung, denn sie ist ein wichtiges Symptom auch für eine qualitative Verschiedenheit, sie legt den Gedanken nahe, daß beide Tatbestände als soziale Phänomene ihrem Wesen nach verschieden sind. Das wird durch die Sachverständigengutachten bestätigt.

152 Wie der Sachverständige Giese dargelegt hat, müssen bei der Sexualität zwei Aspekte unterschieden werden: ein generativ-vegetativer, d.h. ein Aspekt auf das unbewußte Funktionieren des Körpers im Zusammenhang mit der Geschlechtlichkeit, und ein davon geprägter sozialer Aspekt. Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion hin. Dieser Unterschied der physiologischen Funktion läßt sich aus dem Zusammenhang des geschlechtlichen Seins nicht ausgliedern, er ist mit konstituierend für Mann und Frau als Geschlechtswesen (Kroh). Der entscheidende Unterschied zwischen Mann und Frau - der alle übrigen Unterschiede im Keim in sich schließt - ist aber unter dem generativ-vegetativen Aspekt die Tatsache, daß sich das Vatersein an den kurzen Zeugungsvorgang nicht über weitere generativ-vegetative Leistungen, sondern nur durch zeitlich davon getrennte soziale Leistungen anschließt, während die sozialen Leistungen des Mutterseins mit dem Vorgang des Empfangens über die generativ-vegetativen Leistungen der Schwangerschaft, der Geburt und des Stillens, also durch einen langdauernden natürlichen Prozeß, unmittelbar verknüpft sind. Anders als der Mann wird die Frau unwillkürlich schon durch ihren Körper daran erinnert, daß das Sexualleben mit Lasten verbunden ist. Damit mag es zusammenhängen, daß bei der Frau körperliche Begierde (Sexualität) und zärtliche Empfindungsfähigkeit (Erotik) fast immer miteinander verschmolzen sind, während beim Manne, und zwar gerade beim Homosexuellen, beide Komponenten vielfach getrennt bleiben (Wiethold- Hallermann). Die Gefahr einer Akzentverschiebung zu Lasten der Bereitschaft, Verantwortung zu übernehmen, und zugunsten des bloßen Lustgewinnes ist daher eine besondere Gefahr der männlichen Sexualität. Die kulturelle Aufgabe, Lustgewinn und Bereitschaft zur Verantwortung zu verbinden, wird von "dem männlichen Sexualverhalten extrem häufiger ... verfehlt" als von dem weiblichen (Giese).

153 Diese Verschiedenheiten des Geschlechtslebens machen sich bei der Gleichgeschlechtlichkeit womöglich noch stärker geltend als bei heterosexuellen Beziehungen, da der auf Mutterschaft angelegte Organismus der Frau unwillkürlich den Weg weist, auch dann in einem übertragenen sozialen Sinne fraulich-mütterlich zu wirken, wenn sie biologisch nicht Mutter ist, während eine entsprechende Kompensation beim Manne fehlt. So gelingt der lesbisch veranlagten Frau das Durchhalten sexueller Abstinenz leichter, während der homosexuelle Mann dazu neigt, einem hemmungslosen Sexualbedürfnis zu verfallen (Giese; ähnlich Grassberger und Scheuner).

154 Für die Verschiedenheit männlicher und weiblicher Homosexualität spielt es ferner eine Rolle, daß die Anfälligkeit gegen Verführung der zum gleichgeschlechtlichen Verkehr Aufgeforderter. in der Pubertät je nach dem Geschlecht verschieden ist. Alle Sachverständigen stimmen darin überein, daß es in der Pubertät eine Phase der Zielunsicherheit des Geschlechtstriebes gibt, und daß die in dieser Periode empfangenen Eindrücke von entscheidender Bedeutung für die Prägung der Persönlichkeit des Heranwachsenden sein können. Eine homosexuelle Verführung in dieser Altersstufe ist besonders geeignet, zu Fehlprägungen des sexuellen Empfindens zu führen, wobei offen bleiben kann, ob diese Gefahr nur da besteht, wo die Veranlagung des Verführten ihre Verwirklichung begünstigt. Die Gefahr solcher Fehlprägung ist aber bei Mädchen weit geringer als bei männlichen Jugendlichen. Diese allgemeine Erfahrung wird von den Sachverständigen zum Teil darauf zurückgeführt, daß das Mädchen weit mehr als der Knabe durch ein natürliches Gefühl für sexuelle Ordnung bewahrt werde, zum Teil darauf, daß die Mädchen altersmäßig früher auf heterosexuelle Beziehungen fixiert seien (Scheuner, Wiethold-Hallermann).

155 Weiterhin lehrt die Erfahrung, daß die Lesbierin nicht in dem gleichen Maße ausschließlich gleichgeschlechtlich eingestellt ist wie der homosexuelle Mann, so daß für die Lesbierin der "Umschlag zum anderen Geschlecht (Scheuner) leichter möglich ist (ebenso Grassberger, Wenzky, Kroh).

156 Die geschilderten Unterschiede des Natürlichen werden auch im sozialen Aspekt sichtbar.

157 So kann der bei beiden Geschlechtern vorhandene Trieb zu einem "Überbau", einem "Zuhause" (Giese) zwar auch bei homosexuellen Männern zu Dauerbeziehungen führen, jedoch gelingen sie selten. Männliche Homosexuelle streben häufig zu einer homosexuellen Gruppe, lehnen aber familienhafte Bindungen meist ab und neigen zu ständigem Partnerwechsel. Lesbische Verhältnisse hingegen tendieren allgemein zur Dauerhaftigkeit (Scheuner, Wenzky, Giese). Zieht man dazu die größere geschlechtliche Aggressivität des Mannes in Betracht, so macht schon das evident, daß die Gefahr der Verbreitung der Homosexualität beim Manne weit größer ist als bei der Frau.

158 Außerordentlich verstärkt wird dieser Unterschied durch den Unterschied in der begehrten Alterslage des Partners (Grassberger). Jugendliche Lesbierinnen fehlen; Fälle von Verführung weiblicher Jugendlicher durch Lesbierinnen oder gar der Knabenschändung analoge Tendenzen sind unbekannt (Wenzky, Wiethold-Hallermann, Giese). Dieses soziale Erscheinungsbild der weiblichen Homosexualität wird nicht beeinflußt durch Einzelfälle, wie sie die Sachverständigen Kretschmer und Schelsky erwähnt haben, dieser nur unter Hinweis auf ihm gegenüber gelegentlich gemachte Mitteilungen. In der Regel richtet sich das Begehren der aktiven Lesbierin nicht auf die jugendliche, sondern auf die geschlechtlich erfahrene Frau. Die Mehrzahl der zum gleichgeschlechtlichen Verkehr aufgeforderten Frauen befindet sich im Alter von 18 bis 37 Jahren. Bei den Frauen besteht daher ein weitgehender Gleichklang im Alter der Beteiligten (Grassberger). Demgegenüber liebt der typisch homosexuelle Mann den Jüngling und neigt dazu, ihn zu verführen (Wiethold-Hallermann); er sucht den 20- bis 27-jährigen "jünglinghaften" gleichwohl bereits reifen Mann (Giese). Daneben gibt es die Gruppe der Päderasten, die die Altersspanne von 12 bis 17 Jahren "bis zum Bartwuchs" begehrt (Giese, auch Scheuner und Kroh).

159 Ein weiterer Unterschied im sozialen Erscheinungsbild männlicher und weiblicher Homosexualität ist es, daß das Strichjungenwesen eine spezifische Erscheinung der männlichen Homosexualität darstellt. Keinem der Sachverständigen war eine nur lesbische Prostitution überhaupt bekannt; nach den Angaben des Sachverständigen Wenzky gibt es z.B. in Köln 230 bis 240 Strichjungen, aber keine eigentliche lesbische Prostitution, nur etwa 4 der 350 bis 380 weiblichen Prostituierten verkehren auch mit Lesbierinnen. Unter 170 Fällen weiblicher Homosexualität, die der Sachverständige Grassberger untersucht hat, spielten materielle Erwägungen nur in einem einzigen Falle eine Rolle.

160 Sodann tritt die männliche Homosexualität unvergleichlich viel stärker als die weibliche in der Öffentlichkeit in Erscheinung, was wesentlich durch das größere weibliche Schamgefühl und die größere Zurückhaltung der Frau in Geschlechtsfragen bedingt sein dürfe. Anbahnung, Schließung und Fortführung lesbischer Verhältnisse bleiben privater (Kretschmer, Giese, Schelsky, Scheuner).

161 Die Verschiedenheit des Sozialbildes zeigt sich schließlich darin, daß angesichts des auch bei der Lesbierin vorhandenen Überwiegens zärtlicher Empfindungen über das rein Geschlechtlich zwischen einer lesbischen Beziehung und einer zärtlichen Frauenfreundschaft kaum eine Grenze zu ziehen ist. Infolgedessen waren Frauen, wenn weibliche Homosexualität unter Strafe gestellt würde, der Gefahr der Erpressung in weit höherem Maße ausgesetzt als Männer (Schelsky, Wiethold-Hallermann).

162 Während die übrigen Sachverständigen übereinstimmend männliche und weibliche Sexualität, durch die Verschiedenheit von Mann und Frau als Geschlechtswesen bedingt, als etwas Verschiedenes ansehen, vertritt der Sachverständige Kretschmer eine etwas andere Auffassung. Zwar hat auch er nicht in Abrede gestellt, daß Unterschiede zwischen der männlichen und weiblichen Sexualität vorhanden sind - er hat das als selbstverständlich bezeichnet und hinzugefügt, es sei "ja wohl auch kaum anders zu erwarten, als daß diese Nuancen in der männlichen und weiblichen Sexualität irgendwie auch in dem Verhältnis zwischen Homosexuellen zum Ausdruck kommen". In seinen weitern Ausführungen hat er jedoch den Akzent auf die Merkmale gelegt, "die im öffentliches Interesse liegen", d.h. er hat sich die Frage gestellt, ob hinsichtlich der sozialen Gefährdung der Gefahr der "Bedrohung von Personen und Rechtsgütern", die weibliche und die männliche Homosexualität durchgreifende Unterschiede aufweisen. Von dieser besonderen Fragestellung aus hat er das Bestehen wirklich grundsätzlicher Unterschiede zwischen der Homosexualität beider Geschlechter verneint; hinsichtlich der Sozialgefährlichkeit (Gefährdung Jugendlicher, öffentliche Ärgerniserregung namentlich durch Propaganda, Prostitution) sind nach seiner Ansicht die Unterschiede mehr quantitativer als eigentlich grundsätzlicher Art. Sie erklären sich seiner Ansicht nach nur teilweise aus der sexuellen Eigenart von Mann und Frau, die ja auch innerhalb des Geschlechts vielfältige Varianten zeige, weitgehend dagegen aus der verschiedenen "öffentlichen Belichtung", die u.a. gerade durch die verschiedene forensische Behandlung herbeigeführt werde. Das Gutachten des Sachverständigen Kretschmer weicht also von denen der anderen Sachverständigen nicht darin ab, daß er Verschiedenheiten zwischen der männlichen und weiblichen Homosexualität verneint, sondern darin, daß er diese Verschiedenheiten anders erklärt und ihre Bedeutung unter dem Gesichtspunkt der sozialen Gefährlichkeit anders bewertet. Diese Ausführungen, die im Ergebnis die Straflosigkeit der Homosexualität zwischen Erwachsenen, aber einen besonderen Schutz auch des jungen Mädchens gegen homosexuelle Verführung, vielleicht auch die Bestrafung des bloßen "Verleitens" über das "Verführen" im Sinne des § 175 a Nr. 3 StGB hinaus wünschenswert erscheinen lassen könnten, mögen de lege ferenda Bedeutung haben, sie können aber für die verfassungsrechtliche Prüfung des geltenden Rechts am Maßstab des Art. 3 GG nicht maßgebend sein. Entscheidend ist, ob es sich von den biologischen Verschiedenheiten her bei der männlichen und der weiblichen Homosexualität um verschiedene Tatbestände handelt. Hiervon ist das Gericht auf Grund des Gesamtergebnisses der Beweisaufnahme überzeugt. Daher kann der Verfassungssatz von der Gleichberechtigung der Geschlechter hier keine Anwendung finden.

163 Diese Feststellung wird noch dadurch bestätigt, daß in dem Kampf um die Gleichberechtigung der Geschlechter von einer Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Homosexualität niemals die Rede war.

164 Gewiß bediente man sich bei den Bemühungen, die Bestrafung der männlichen Homosexualität zu beseitigen, auch des Arguments, eine nur gegen die männliche Homosexualität gerichtete Strafbestimmung sei gerade wegen dieser Einseitigkeit ungerecht. Doch wurde aus diesem Argument nicht schlechthin die Forderung nach Gleichbehandlung der Geschlechter abgeleitet, vielmehr wurde auf die ungleiche Behandlung der Geschlechter nur hingewiesen, um die Strafbarkeit der Homosexualität überhaupt zu bekämpfen. In der sich über mehr als ein halbes Jahrhundert erstreckenden öffentlichen und wissenschaftlichen allgemeinen Diskussion um die Gleichberechtigung von Mann und Frau ist, soweit erkennbar, niemals eine Gleichbehandlung der Geschlechter im Sexualstrafrecht gefordert worden.

165 Auch bei der Schaffung der Absätze 2 und 3 des Art. 3 GG wurde nicht daran gedacht, daß diese Bestimmung in das geltende Sexualstrafrecht zugunsten einer formalen Gleichstellung der Geschlechter eingreifen könne. Allerdings kann der Gesetzesgeschichte für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes ausschlaggebende Bedeutung in der Regel nicht zukommen. Doch spiegelt sich in der Tatsache, daß der Verfassunggeber eine solche Folge gar nicht erwogen hat, das natürliche Gefühl für die Verschiedenheit männlicher und weiblicher Homosexualität.

166 Eine weitere Bestätigung dieser Auffassung ist es schließlich, daß auch der Bundestag es unterlassen hat, in dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 die §§ 175 f StGB zu ändern, obwohl dieses Gesetz nicht nur das Strafgesetzbuch von überholten, insbesondere von nationalsozialistischen Bestimmungen säubern, sondern es auch dem nach Ablauf der Übergangsfrist des Art. 117 Abs. 1 GG unbeschränkt in Geltung getretenen Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter anpassen sollte. Wenn der Gesetzgeber bei diesem Anlaß auf die § 175 f. StGB nicht zurückkam, so offenbar deswegen, weil er an ihrer Vereinbarkeit mit Art. 3 GG nicht ernstlich zweifelte.

167 Nach alledem ist das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG im Rahmen der Strafbestimmungen gegen gleichgeschlechtliche Unzucht nicht anwendbar, weil die Eigenart der Frau als weibliches Geschlechtswesen und die Eigenart des Mannes als männliches Geschlechtswesen den Tatbestand so wesentlich und so entscheidend verschiedenen prägen, daß das vergleichbare Element, die anormale Wendung des Triebes auf das eigene Geschlecht, zurücktritt und lesbische Liebe und männliche Homosexualität im Rechtssinne als nicht vergleichbare Tatbestände erscheinen.

168 (B) Kann das Vergleichspaar männliche und weibliche Homosexualität nicht unter Art. 3 Abs. 2, 3 GG subsumiert werden, so entfällt damit auch die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1; denn auch Art. 3 Abs. 1 GG setzt den Vergleich im wesentlichen gleicher Tatbestände voraus, woran es, wie dargelegt, hier fehlt.

169 Das weitere Vorbringen des Beschwerdeführers, die Bestrafung der einfachen männlichen Homosexualität sei willkürlich, weil daran kein öffentliches Interesse bestehe, macht einen unberechtigten Eingriff staatlicher Gewalt in die persönliche Freiheit geltend. Dieser Einwand ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 2 GG zu prüfen.

170 III.

171 Hierzu trägt der Beschwerdeführer vor, die Bestrafung der einfachen Homosexualität (§ 175 StGB) verletze das in Art. 2 Abs. 1 GG jedem gewährleistete Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dieses Recht umfasse auch die freie geschlechtliche Betätigung des Individuums. Es bedeute eine gewaltsame Einengung der Existenz gleichgeschlechtlich empfindender Menschen - deren Eigenheit in den meisten Fällen angeboren sei -, wenn man ihnen nicht die Möglichkeit gebe, diese Empfindungen in die Tat umzusetzen. Insbesondere bestehe keinerlei Bedürfnis und kein öffentliches Interesse daran, die freiwillige Ausübung homosexuellen Verkehrs unter Erwachsenen unter Strafe zu stellen.

172 1. Zu dem Bereich der in Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht gewährleisteten freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört auch das Gebiet des Geschlechtlichen. Dieses Grundrecht ist aber durch die verfassungsmäßige Ordnung begrenzt. Hierunter ist, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 16. Januar 1957 (BVerfGE 6, 32) dargelegt hat, die allgemeine Rechtsordnung zu verstehen, die aber, um eine verfassungsmäßige Rechtsordnung zu sein, den materiellen und formellen Normen der Verfassung voll entsprechen muß. Von dieser rechtlichen Grundlage aus ist der Vortrag des Beschwerdeführers dahin zu verstehen, daß § 175 StGB gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstoße, der - in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG den engsten Bereich der menschlichen Freiheit schütze, weil hier durch eine Strafvorschrift das Recht auf Achtung der Intimsphäre des Menschen verletzt werde. Wäre diese Rüge berechtigt, so würde § 175 StGB in der Tat verfassungswidrig sein.

173 a) Sicherlich gibt es, wie in dem Urteil vom 16. Januar 1957 ausgeführt, einen "letzten, unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit ..., der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen", in den einzudringen also dem Gesetzgeber schlechthin verwehrt ist. Dieser Bereich wird aber verlassen, wenn Handlungen des Menschen in den Bereich eines andern einwirken, ohne daß besondere Umstände, wie etwa familienrechtliche Beziehungen, diese Gemeinschaftlichkeit des Handelns als noch in den engsten Intimbereich fallend erscheinen lassen. Grundsätzlich gibt schon die Berührung mit der Persönlichkeitssphäre eines andern Menschen einer Handlung den Bezug auf das Soziale, der sie dem Recht zugänglich macht. Doch können auch Vorgänge, die sich in "Kommunikation" mit andern vollziehen, aus dem Gesichtspunkte der Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen sein; die Zulässigkeit eines Eingriffs hängt dann davon ab, ob der "Sozialbezug" der Handlung intensiv genug ist. Zu besonderer Zurückhaltung ist der Gesetzgeber verpflichtet, wenn es sich um einen Eingriff durch ein Strafgesetz handelt, also um die schärfste Sanktion, über die die staatliche Gemeinschaft verfügt. Für die Entscheidung des Gesetzgebers kann es nun von großer Bedeutung sein, ob die in frage stehende Handlung gegen das Sittengesetz verstößt. Denn es liegt auf der Hand, daß bei einer in dem Grenzbezirk zwischen privaten und sozialem Bereich liegenden Handlung das Bedürfnis nach Bestrafung eher bejaht werden wird, wenn feststeht, daß die soziale Gemeinschaft die Handlung eindeutig als im Widerspruch zu dem Sittengesetz stehend betrachtet, das sie allgemein als für sich verbindlich anerkennt. Eine Sanktion der Gemeinschaft wird dann im allgemeinen das Rechtsgefühl nicht verletzen, ja häufig von ihm geradezu gefordert werden. Die Verfassung erkennt das selbst an, indem sie in Art. 2 Abs. 1 GG das Sittengesetz auch als eine rechtliche Schranke des Rechts auf freie Entfaltung der persönlichkeit setzt. Für die Gesetzgebung in Ihrem Verhältnis zur verfassungsmäßigen Ordnung bedeutet das zweierlei: einerseits darf sie selbst dem Sittengesetz nicht widersprechen - "unsittliche" Gesetze gehören nie zur verfassungsmäßigen Ordnung! - und andererseits kann das Sittengesetz ihr selbst zum Richtmaß dienen, insofern es einen sonst unzulässigen oder doch in seiner Zulässigkeit zweifelhaften Eingriff des Gesetzgebers in die menschliche Freiheit legitimieren kann. So wirkt das Sittengesetz, das formal eine selbständige Schranke gegenüber dem Einzelnen bei der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit bildet, auf die verfassungsmäßige Ordnung ein, somit diese den Gesetzgeber beschränkt, wenn er seinerseits in die freie Entfaltung der Persönlichkeit eingreifen will.

174 b) Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz. Auch auf dem Gebiet des geschlechtlichen Lebens fordert die Gesellschaft von ihren Mitgliedern die Einhaltung bestimmter Regeln; Verstöße hiergegen werden als unsittlich empfunden und mißbilligt. Allerdings bestehen Schwierigkeiten, die Geltung eines Sittengesetzes festzustellen. Das persönliche sittliche Gefühl des Richters kann hierfür nicht maßgebend sein; ebensowenig kann die Auffassung einzelner Volksteile ausreichen. Von größerem Gewicht ist, daß die öffentliche Religionsgesellschaften, insbesondere die beiden großen christlichen Konfessionen, aus deren Lehren große Teile des Volkes die Maßstäbe für ihr sittliches Verhalten entnehmen, die gleichgeschlechtliche Unzucht als unsittlich verurteilen. Der Beschwerdeführer hält zwar die Verurteilung der Homosexualität durch die Lehren der christlichen Theologie für unbeachtlich: sie sei aus alttestamentlichen Vorschriften der jüdischen Religion übernommen, die nach der Rückkehr aus der babylonischen Gefangenschaft aus bevölkerungspolitischen Erwägungen als zeitbedingte Notmaßnahme entstanden seien. Ob diese Deutung den geschichtlichen Vorgängen gerecht wird, mag dahinstehen: Nicht darauf kommt es an, auf Grund welcher geschichtlichen Erfahrungen ein sittliches Werturteil sich gebildet hat, sondern nur darauf, ob es allgemein anerkannt wird und als Sittengesetz gilt.

175 Ein Anhalt dafür, daß die Homosexualität als unsittlich angesehen wird, ergibt sich daraus, daß die Gesetzgebung in Deutschland sich zur Rechtfertigung der Bestrafung der gleichgeschlechtlichen Unzucht stets auf die sittlichen Anschauungen des Volkes berufen hat. Schon die Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund von 1869 führen aus:

176 "Der § 173 hält die auf Sodomie und Päderastie im Preußischen Strafgesetzbuche angedrohte Strafe aufrecht. Denn selbst, wenn man den Wegfall dieser Strafbestimmungen vom Standpunkte der Medizin, wie durch manche der, gewissen Theorien des Strafrechts entnommenen Gründe rechtfertigen könnte; das Rechtsbewußtsein im Volke beurteilt diese Handlungen nicht blos als Laster, sondern als Verbrechen, und der Gesetzgeber wird billig Bedenken tragen müssen, diesen Rechtsanschauungen entgegen Handlungen für straffrei zu erklären, die in der öffentlichen Meinung als strafwürdige gelten. Die Beurteilung solcher Personen, welche in dieser Weise gegen das Naturgesetz gesündigt, dem bürgerlichen Strafgesetze zu entziehen und dem Moralgesetze anheim zu geben, würde als ein gesetzgeberischer Mißgriff getadelt werden."

177 An dieser sittlichen Wertung hat sich in der Folgezeit nichts geändert. So sagt die Begründung zu § 325 des Entwurfs von 1919:

178 "Der Forderung, die Unzucht zwischen Männern an sich straflos zu lassen, gibt der Entwurf ebenso wie die früheren Entwürfe nicht nach. Verfehlungen dieser Art erscheinen dem gesunden Empfinden des Volkes verwerflich und strafwürdig ...;"

179 In ähnlicher Weise begründen der amtliche Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925 und der am 14. Mai 1927 dem Reichstag vorgelegte Entwurf (RT III/1924 Drucks. Nr. 3390) die Beibehaltung einer dem § 175 (aF) StGB entsprechenden Strafvorschrift wie folgt:

180 "... Der Gesetzgeber muß sich die Frage vorlegen, ob der § 175 nicht trotz der Härten, zu denen seine Anwendung führen kann, und trotz seiner beschränkten praktischen Durchführbarkeit eine Schranke bedeutet, die man nicht ohne Schaden für die Gesundheit und Reinheit unseres Volkslebens hinwegziehen darf. Dabei ist davon auszugehen, daß der deutschen Auffassung die geschlechtliche Beziehung von Mann zu Mann als eine Verirrung erscheint, die geeignet ist, den Charakter zu zerrütten und das sittliche Gefühl zu zerstören. Greift diese Verirrung weiter um sich, so führt sie zur Entartung des Volkes und zum Verfall seiner Kraft ..."

181 Diese Umstände rechtfertigen die Feststellung, daß auch heute noch das sittliche Empfinden die Homosexualität verurteilt. Einzelne gegenteilige Äußerungen, vorwiegend aus interessierten Kreisen, kommen demgegenüber nicht in Betracht, jedenfalls haben sie eine Änderung des allgemeinen sittlichen Urteils nicht durchsetzen können.

182 Hiergegen wendet der Beschwerdeführer ein: Ein Sittengesetz könne nur anerkannt werden, wenn es dem abendländischen Kulturkreis gemeinsam sei; die Verurteilung der einfachen Homosexualität sei dies aber nicht mehr, nachdem in einer Reihe von Staaten des westeuropäischen Kulturkreises ihre Strafbarkeit beseitigt worden sei. - Dem Beschwerdeführer kann zugegeben werden, daß eine Änderung der sittlichen Anschauungen möglich ist: so könnten neue Forschungsergebnisse der medizinischen Wissenschaft dazu führen, die Homosexualität als unausweichliche körperlich-seelische Abartigkeit zu verstehen, der gegenüber eine sittliche Verurteilung ihren Sinn verlieren würde. Die Tatsache allein, daß eine Reihe von Staaten auf eine Strafverfolgung verzichtet haben, rechtfertigt noch nicht die Annahme einer Änderung des sittlichen Urteils in diesen Staaten, denn eine solche Gesetzesänderung kann ebensogut aus einer veränderten Auffassung von der Zweckmäßigkeit der Bestrafung der Homosexualität entsprungen sein. Keinesfalls kann die Beseitigung der Strafbarkeit in einigen Staaten zu der Annahme führen, daß auch in Deutschland die Homosexualität nicht mehr sittlich mißbilligt werde.

183 Wenn unter diesen Umständen - eindeutiger Sittenverstoß, Herkömmlichkeit der Bestrafung im deutschen Rechtsgebiet der Gesetzgeber sich nicht dazu entschließen konnte, die Strafbestimmung des § 175 nF StGB zu beseitigen oder enger zu fassen, so kann das Bundesverfassungsgericht dieser Entscheidung nicht entgegentreten. Das gilt gerade auch hinsichtlich der von dem Beschwerdeführer besonders bekämpften Bestrafung gleichgeschlechtlicher Beziehungen zwischen erwachsenen Männern. Für die Bestrafung solcher Beziehungen läßt sich immerhin anführen, daß das Bedürfnis nach einem Schutz gegen homosexuelle Verführung nicht schlechthin mit der Altersgrenze von 21 Jahren endet und daß eine stärkere Verbreitung der Homosexualität unter Erwachsenen, die eine wahrscheinliche Folge ihrer Straflosigkeit sein würde, die Gefahr auch für die Jugend erhöhen müßte; namentlich könnte die Straflosigkeit der Beziehungen zwischen erwachsenen Männern auch zu einer weniger strengen Beurteilung solcher Beziehungen zwischen Erwachsenen und Jugendlichen führen. Daher kann, auch soweit es sich um die Beziehungen zwischen erwachsenen Männern handelt, nicht festgestellt werden, daß jedes öffentliche Interesse an einer Aufrechterhaltung der Strafbestimmung fehle, der Gesetzgeber also die ihm gezogenen Grenzen überschritten habe.

184 2. Eine Überschreitung der dem Gesetzgeber durch Art. 2 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen erblickt der Beschwerdeführer vor allem auch in der Einbeziehung unzüchtiger Handlungen jeglicher Art, insbesondere der gegenseitigen Onanie, in die Strafbarkeit durch die Neufassung des § 175 StGB. Diese Ausdehnung des einfachen Tatbestandes hat er vorzugsweise im Auge, wenn er die Bestimmung ihres nationalsozialistischen Inhalts wegen bekämpft.

185 Es ist nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts, darüber zu entscheiden, ob der Wortlaut der Neufassung,die von der früheren Fassung sich sprachlich nur wenig unterscheidet, zu der weiten Auslegung des Straftatbestandes zwingt, die ihm das Reichsgericht und diesem folgend die höheren Gerichte im Gebiet der Bundesrepublik, insbesondere der Bundesgerichtshof, gegeben haben. Auch wenn man diese Auslegung zugrunde legt, ergeben sich entscheidende verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Strafbestimmung nicht.

186 Die Homosexualität bietet die Besonderheit, daß für eine Abgrenzung schwerer Fälle von Fällen untergeordneter Bedeutung eindeutige äußere Merkmale sich nicht darbieten. Wenn die preußische Gesetzgebung und Rechtsprechung seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts die Strafbarkeit auf beischlafähnliche Handlungen, also auf besonders derbe Begehungsformen beschränkt und onanistische Handlungen ausgenommen haben, so ist diese Abgrenzung nicht überzeugend. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts bis 1935 vermochte die Abgrenzungsschwierigkeiten ebenfalls nicht zu lösen, da auch ihr eine klare Umgrenzung des Begriffs der beischlafähnlichen Handlungen nicht gelang. In der Rechtslehre wurde dieser Mangel einer klaren Bestimmung des Tatbestandes vielfach gerügt, zumal die von der Rechtsprechung entwickelte Beschränkung zu erheblichen Beweisschwierigkeiten führte. Die Reformentwürfe haben daraus die Folgerung gezogen, für die qualifizierten Fälle von der Beschränkung auf beischlafähnliche Handlungen abzusehen und jedes "Unzuchttreiben" oder "zur Unzucht mißbrauchen lassen", also alle Begehungsformen unter Strafe zu stellen. Unter diesen Umständen kann es nicht als ein Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze bezeichnet werden, wenn das Gesetz vom 28. Juni 1935 die Abgrenzung auf beischlafähnliche Handlungen auch für die einfache Homosexualität aufgab, zumal, wie das Beispiel des Beschwerdeführers zeigt, die verschiedenen Begehungsformen sich vermischen können und für das sittliche Empfinden zwischen ihnen kaum ein Unterschied besteht.

187 § 175 StGB bleibt also noch im Bereich der verfassungsmäßigen Ordnung und begrenzt daher das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit.

188 3. Zu § 175 a StGB hat der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, daß zwar nicht die Pönalisierung der einzelnen Tatbestände, jedoch der dem Strafrichter zur Verfügung gestellte Strafrahmen nationalsozialistisches Gepräge trage, indem er übermäßig schwere Strafen androhe.

189 Aus den allgemeinen Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip, folgt für das Strafrecht, daß die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muß (so zutreffend auch Bayer. VerfGH, Urteil vom 28. Juli 1950, VerwRspr. 1951, S. 145 [150]);sie darf nach Art und Maß der unter Strafe gestellten Handlung nicht schlechthin unangemessen oder gar grausam sein (BVerfGE 1, 332 [348]). Ein hiergegen verstoßendes Strafgesetz könnte nicht Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung sein.

190 Der Einwand des Beschwerdeführers ist aber nicht begründet. Gegenüber den Entwürfen zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch ist der Strafrahmen des § 175 a StGB in doppelter Richtung erweitert: einerseits bedeutet die Einführung von Zuchthaus als Regelstrafe ebenso wie die Bemessung der Höchststrafe auf 10 Jahre Zuchthaus eine Verschärfung, andererseits ist die bei mildernden Umständen zulässige Mindeststrafe, für die in den Entwürfen 6 Monate Gefängnis vorgesehen waren, auf 3 Monate Gefängnis herabgesetzt worden. Dieser Strafrahmen ist so weit, daß er den Richter nicht zur Verhängung übermäßig hoher oder unangemessener Strafen zwingt, sondern ihm die Möglichkeit bietet, bei der Strafzumessung im Einzelfall eine angemessene Strafe auszusprechen. Damit genügt dieser Strafrahmen rechtsstaatlichen Grundsätzen. Daß im vorliegenden Fall bei der Strafzumessung diesen Grundsätzen nicht Rechnung getragen worden sei, ist nicht geltend gemacht, auch nicht erkennbar.

191 IV.

192 Der Beschwerdeführer hatte sich anfänglich noch darauf berufen, daß die §§ 175 f. StGB mit allgemeinen Regeln des Völkerrechts unvereinbar seien und daher gegen Art. 25 GG verstießen; solche allgemeinen Regeln des Völkerrechts hat er in den Bestimmungen der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sehen wollen. Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht bereits früher (BVerfGE 4, 110 [111 f.]) darauf hingewiesen, daß Art. 25 GG weder Grundrechte noch diesen nach § 90 Abs. 1 BVerfGG gleichgestellte Rechte enthält, eine Verfassungsbeschwerde daher auf eine Verletzung von Art. 25 GG nicht gestützt werden kann. Im Hinblick hierauf hat der Beschwerdeführer diesen Einwand in der mündlichen Verhandlung fallen lassen. Die Frage, ob die §§ 175 f. StGB mit den Vorschriften dieser Konvention vereinbar sind, muß jedoch unabhängig von einer Rüge des Beschwerdeführers von Amts wegen geprüft werden, denn die genannte Konvention ist nach Ratifikation auf Grund Gesetzes vom 7. August 1952 (BGBI. II S. 685, 953) am 3. September 1953 für die Bundesrepublik in Kraft getreten (Bekanntmachung vom 15.Dezember 1953 [BGBI. 1954 II S. 14]), und der Beschwerdeführer R. ist erst am 14. Oktober 1953, also nach Inkrafttreten dieser Konvention, verurteilt worden. Wären die §§ 175 f. StGB durch die Bestimmungen der Menschenrechtskonvention außer Kraft gesetzt worden, so wäre der Beschwerdeführer auf Grund eines nicht mehr geltenden Strafgesetzes verurteilt worden und seine Verfassungsbeschwerde müßte dann Erfolg haben.

193 Im vorliegenden Fall bedarf es keiner Entscheidung darüber, welche allgemein-rechtliche Bedeutung der Menschenrechtskonvention im deutschen Rechtssystem zukommt. Denn keinesfalls wird die Geltung der §§ 175, 175a StGB von ihr berührt.

194 a) In Betracht kommen könnte Art. 8 Abs. 1 der Konvention:

195 "Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs."

196 In dieses Recht darf aber nach Abs. 2 dieses Artikels eingegriffen werden, sofern der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die "in einer demokratischen Gesellschaft ... zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist." Ein Strafgesetz, das den Grundsätzen eines demokratischen Rechtsstaates entspricht, wird durch diesen Vorbehalt jedenfalls gedeckt. Die §§ 175 f. StGB werden, wie dargelegt, diesen Anforderungen gerecht.

197 b) Ebensowenig kommt Art. 2 Abs. 1 der Konvention in Frage, auf den der Beschwerdeführer hingewiesen hatte:

198 "(1) Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt ..."

199 Wie sich aus dem zweiten Satz dieses Absatzes und aus dem folgenden Absatz des Art. 2 ergibt, wo die Fälle im einzelnen aufgezählt werden, in denen eine "absichtliche Tötung" zulässig ist, soll diese Bestimmung nur das menschliche Leben als solches schützen; sie entspricht daher etwa dem Grundrecht auf Leben des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Eine weitergehende Bedeutung im Sinne einer Gewährleistung der Entfaltung der Persönlichkeit kommt ihr nicht zu.

200 c) Art. 13 und 14 der Konvention, auf die der Beschwerdeführer sich weiter berufen hatte, enthalten nur Verfahrensvorschriften; das materielle Recht betreffen sie nicht.

201 Auch unter diesen Gesichtspunkten ist die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers R. unbegründet.

202 C.

203 Zur Verfassungsbeschwerde K.:

204 Der Beschwerdeführer K. ist nach Schluß der mündlichen Verhandlung am 26. April 1956 verstorben.

205 Darüber, welche Folgen der Tod des Beschwerdeführers auf ein anhängiges Verfassungsbeschwerdeverfahren hat, ist gesetzlich nichts bestimmt. Die Frage läßt sich nur für den einzelne Fall unter Berücksichtigung der Art des angegriffenen Hoheitsaktes und des Standes des Verfassungsbeschwerdeverfahrens entscheiden.

206 Für eine Verfassungsbeschwerde gegen ein finanzielle Ansprüche ehemaliger Angestellter des öffentlichen Dienstes regelndes Gesetz hat das Bundesverfassungsgericht angenommen, da die Erben eines während des Verfahrens verstorbenen Beschwerdeführers das Verfahren weiterführen können (BVerfGE 3, 1 f [164]). Entsprechend könnte die Tatsache, daß § 361 Abs. StPO bestimmte Angehörige eines Verurteilten ermächtigt, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu seinen Gunsten zu betreiben dafür sprechen, diesen Angehörigen auch die Befugnis zuzubilligen, eine gegen ein Strafurteil gerichtete Verfassungsbeschwerde nach dem Tode des Beschwerdeführers weiterzuführen. Im vorliegenden Fall sind Erklärungen von Rechtsnachfolgern oder nahen Angehörigen des Beschwerdeführers K. . ., das Verfahren fortführen zu wollen, nicht eingegangen. Unter diesen Umständen liegt es nahe, dem Tode des Beschwerdeführers dieser Wirkung zuzusprechen wie seinem Tode während des Strafverfahrens selbst, von dem in der Praxis der Gerichte angenommen wird, daß es sich erledigt, wenn der Angeklagte vor Rechtskraft des Urteils stirbt. Dieses Ergebnis würde allerdings dann nicht sachgemäß sein, wenn die Verfassungsbeschwerde nach mündlicher Verhandlung entscheidungsreif wäre und die zu treffer Entscheidung auf Aufhebung des angefochtenen Strafurteils und Zurückverweisung der Sache lauten würde: Zwar wäre eine Fortsetzung des Strafverfahrens nicht mehr möglich, der Angeklagte könnte also nicht mehr durch einen etwaigen Freispruch rehabilitiert werden, jedoch würde der Makel der rechtskräftigen Verurteilung von ihm genommen. In einem solchen Falle ließe sich daran denken, in entsprechender Anwendung des in § 249 Abs. 3 ZPO ausgesprochenen Rechtsgedankens die Verkündung des Urteils auch nach dem Tode des Beschwerdeführers noch vorzunehmen. Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen aber nicht gegeben, da - wie aus den Ausführungen zu der Verfassungsbeschwerde R. hervorgeht - die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers K. keinen Erfolg hätte haben können.

207 Unter diesen Umständen war lediglich auszusprechen, daß das Verfahren durch den Tod des Beschwerdeführers sich erledigt hat.